Kann durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung ein Gut derartig dinglich belastet werden, daß der jeweilige Besitzer des Gutes zur Kirchensteuer herangezogen werden kann?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Hans-Hilmar Goebel

Gerichtsreferendar.

aus Arnsberg.

Marburg 1930.

Gedruckt in der Dissertations-Druckerei Robert Kleinert, Quakenbrück.

Angenommen am 3. Juni 1930.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.
Prof. Dr. Merk.
Ministerialrat a. D. Prof. Dr. Genzmer.

Meinen guten Eltern
in Dankbarkeit, Verehrung
und Freundschaft!

Inhaltsübersicht.

Schriftenverzeichnis.

1. Altmann: Praxis der preußischen Gerichte in Kirch-, Schul- und Ehesachen. Leipzig 1861.

2. Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs. 11. Auflage. Berlin 1929.

3. Beseler: System des gemeinen deutschen Privatrechts. Breslau 1885.

4. v. Brauchitsch: Die neuen preußischen Verwaltungsgesetze. Berlin 1930; I. Band, 24. Auflage.

5. Brie: Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Breslau 1899.

6. Brunner-Schwerin: Deutsche Rechtsgeschichte. München und Leipzig 1930, I. Band, 8. Auflage.

7. Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Band, 7. Auflage, Jena 1922.

8. Dernburg: Lehrbuch des preußischen Privatrechts. Halle 1884. 4. Auflage, I. Band.

9. Deutsche Juristenzeitung: Jahrgang 1900, Seite 188: Aufsatz von Schulzenstein. (Angeführt: DJZ.)

10. Duncker: Die Lehre von den Reallasten. Marburg 1837.

11. Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. I. Band, Berlin 1903.

12. Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1829; III. Ausgabe.

13. Eichmann: Lehrbuch des Kirchenrechts auf Grund des Codex iuris Canonici. III. Aufl., Paderborn 1930.

14. Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. (Sachenrecht). Marburg 1927; Teil II, 1. 7. Bearbeitung.

15. Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928. 8. Auflage.

16. Förster-Eccius: Preußisches Privatrecht. Berlin 1892. VI. Auflage, III. Band und I. Band.

17. Friedberg: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig 1909; VI. Auflage.

18. Friedlieb: Die Rechtstheorie der Reallasten. Jena 1860.

19. Gengler: Das deutsche Privatrecht. Erlangen und Leipzig 1892; IV. Auflage.

20. v. Gerber: System des deutschen Privatrechts. Jena 1891; 16. Auflage.

21. Gierke: Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895 und 1905; I. und II. Band.

22. Giese: Deutsches Kirchensteuerrecht. Stuttgart 1910.

23. Gruchot-Beiträge: Band 31, S. 889; Urteil des RG. IV 81/86.

24. Haas: Die Stellung des Gewohnheitsrechtes in der katholischen Kirche. Diss. Erlangen 1898.

25. Habicht: Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. III. Aufl. Jena 1901.

26. Hahn: Die gesamten Materialien zu dem GVG. Berlin 1879.

27. Hannoversche Protokolle: Band 2.

28. Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. Leipzig 1927. 5./6. Auflage.

29. Heydemann: Einleitung in das System des deutschen Civilrechts. 2. Aufl., II. Band. Leipzig 1868.

30. Hildebrandt: Die rechtliche Natur der Kirchensteuer. Diss. Greifswald, 1909.

31. Hinschius: Das Kirchenrecht in: Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. Berlin 1901. (Angeführt: Hinschius in Birkmeyer.)

32. Hüppner: Der Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Im Archiv für civilistische Praxis. Band 69.

33. Jellinek (Walter): Verwaltungsrecht. Berlin 1929, 2. Auflage.

34. Jung: Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundfrage der Rechtsquellenlehre. Im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. Bd. 22, S. 227 ff.

35. Juristische Wochenschrift: 1912; 1927. (Angeführt: JW.) Urteil v. 29. 1. 1912 235/11 IV. Breslau; Urteil v. 11. 1. 1927, 129/23, VII. Kassel.

36. Juristische Rundschau: Höchstrichterliche Rechtsprechung; 1928.

37. Kahl: Lehrsystem des Kirchenrechts und der Kirchenpolitik. I. Hälfte. Freiburg und Leipzig, 1894.

38. v. Kamptz-Genzmer: Die Rechtsprechung des Kgl. preuß. Oberverwaltungsgerichts. 1. Bände: 1—4. (Angeführt: OVG.) 2. Ergänzungsbände: 1—5. (Angeführt: OVG. Erg.-Band.)

39. Kochmann: Das Gewohnheitsrecht nach dem heutigen bürgerlichen Recht. Diss. Breslau 1906.

40. Koeniger: Kirchenrecht. Bonn 1927.

41. Krückmann: Das Gewohnheitsrecht und das BGB. In Iherings Jahrbüchern, Band 38. (Angeführt: in Ih. Ihb.)

42. Manigk: Wie stehen wir heute zum Naturrecht? Berlin 1926. (Angeführt: Manigk-Naturrecht.)

43. Manigk: Savigny und der Modernismus im Recht. Berlin 1914. (Angeführt: Manigk-Savigny.)

44. Maurenbrecher: Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts. Bonn 1834.

45. Meyer: Lehrbuch des deutschen Kirchenrechts. III. Auflage; Göttingen 1869.

46. Mirbt: Grundzüge des preußischen und deutschen Steuerrechts. Leipzig und Erlangen, 1926.

47. Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. VII. Aufl., I. Band. Regensburg 1847.

48. Obertribunals-Entscheidungen: Band 45. (Angeführt: OTribE.)

49. Oberverwaltungsgerichts-Entscheidungen: Band 12, 13, 21, 31, 33, 63, 67, 70. (Angeführt: OVGE.)

50. Oertmann: Rechtsordnung und Verkehrssitte. Leipzig 1914.

51. Permaneder: Kirchliche Baulast. III. Auflage. München 1890.

52. Prazàk: Die prinzipale Abgrenzung der Kompetenz der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Im Archiv für öffentliches Recht, Band 4. (Angeführt: im A. f. ö. R.)

53. Puchta: Das Gewohnheitsrecht. Erlangen 1828. I. und II. Band.

54. Regelsberger: Pandekten. I. Band. Leipzig 1893.

55. Rehbein und Reinecke: Allgemeines Landrecht. Berlin 1882. (Angeführt: Rehbein.)

56. Reichsgerichtsentscheidungen: Band 11, 12, 25, 63, 92, 102, 106, 114. (Angeführt: RGE.)

57. Reichsgerichtsrätekommentar: Angeführt RGRK.

58. Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatrechts. Pforzheim 1848. I. Band.

59. Richter: Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig 1886.

60. v. Rönne: Ergänzungen und Erläuterungen des allgemeinen Landrechts. VII. Aufl. Berlin 1888.

61. v. Roth: System des deutschen Privatrechts. III. Teil. Tübingen 1886.

62. Rümelin: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. Tübingen 1929 (Rede).

63. Sägmüller: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. 3. Auflage; I. u. II. Band. Freiburg 1914.

64. v. Sarwey: Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.

65. v. Savigny: Das Obligationenrecht. I. Bd.; Berlin 1851. (Angeführt: Savigny-Obligationen.)

66. v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. I. Band: Berlin 1840; II. Band: Berlin 1841. (Angeführt: Savingny-System.)

67. Sehling: Kirchenrecht. Leipzig 1908.

68. Seuffert: Archiv. Band 1; 70.

69. Siber: Römisches Privatrecht. Berlin 1928.

70. Siegel: Deutsche Rechtsgeschichte. 2. Auflage. Berlin 1889.

71. Sohm: Institutionen des römischen Rechts. 14. Auflage. Leipzig 1911.

72. v. Schilgen: Das kirchliche Vermögensrecht und die Vermögensverwaltung. III. Band. 2. Auflage. Paderborn 1894.

73. Schmidt, Adolf: Zur Lehre vom Gewohnheitsrecht. Leipzig. (Angeführt: Schmidt-Adolf.)

74. Schmidt, Bruno: Das Gewohnheitsrecht. Leipzig 1899. (Angeführt: Schmidt-Bruno.)

75. v. Schulte: Lehrbuch des katholischen Kirchenrechts. III. Auflage. Gießen 1873.

76. Schuppe: Das Gewohnheitsrecht. Breslau 1890.

77. Stahl: Die Philosophie des Rechts. 5. Auflage. II. Band, 1. Abteilung. Tübingen und Leipzig, 1878.

78. Staudinger: Einführungsgesetz zum BGB. 9. Auflage. München-Berlin-Leipzig, 1929.

79. Steinmetz: Irrtum und Gewohnheitsrecht. Diss. Berlin 1913.

80. Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts; II. Band, 2. Abteilung. Berlin 1897.

81. Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901.

82. Striethorst: Archiv. Band: 12, 27, 41, 56, 61, 80, 91.

83. Sturm, August: Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit. Kassel 1877. (Angeführt: Sturm-1877.)

84. Sturm, August: Gewohnheitsrecht und Irrtum. Kassel 1884. (Angeführt: Sturm 1884.)

85. Uebel: Ein Beitrag zur Feststellung des Begriffs und Umfangs von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach der deutschen Zivilprozeßordnung. In Busch: Zeitschrift für den deutschen Zivilprozeß. Band 1.

86. Unterholzner: Ausführliche Entwicklung der ganzen Verjährungslehre. I. Band. Leipzig 1858. 2. Auflage von Schirmer.

87. Wach: Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.

88. Wachsmann: Der Begriff des Gewohnheitsrechts. Diss. Breslau 1902.

89. Wächter: Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Privatrechte. Stuttgart 1845. I. Heft.

90. Warneyer: Jahrbuch 1912.

91. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. 5. Auflage. Stuttgart 1879.

92. Zorn: Lehrbuch des Kirchenrechts. Stuttgart 1888.

Den Anlaß zu der vorliegenden Arbeit gab folgender Tatbestand:

Den Grafen von L. gehört seit alters das Rittergut W. bei B. — W. gehört in kirchlicher Beziehung seit Menschengedenken zur Pfarrkirche B. Die Grafen haben nachweislich seit Anfang des 19. Jahrhunderts in einem besonderen Rechtsverhältnis zur Pfarrei B. gestanden. So hatten sie bis zum Jahre 1860 die Kirchenbaupflicht, ferner das Vorschlagsrecht bei der Besetzung der Pfarrstellen an der Kuriatvikarie St. Nicolai zu B. Noch heute haben die Grafen besondere Rechte gegenüber der Kirchengemeinde, so ein Erbbegräbnis auf dem Kirchhof in B., erbliche Stühle in der Kirche, sowie das Recht, einen Vertreter in den Kirchenvorstand zu entsenden. —

Die Grafen haben ihren Wohnsitz seit dem Jahre 1823 in W. nicht mehr gehabt. Aber als Besitzer des Rittergutes W., das die Grafen gelegentlich zur Feier von Festen oder zur Ueberwachung des Gutsbetriebes aufsuchten, haben die Besitzer nachweislich die auf ihren Besitz entfallenden Kirchensteuern (gewöhnlich Kirchspielsteuer genannt) an die Pfarrkirche in B. bezahlt. —

Nachdem die Grafen 57 Jahre lang die kirchlichen Abgaben geleistet hatten, weigerte am 24. August 1881 der damalige gräfliche Rentmeister die weitere Beisteuerung zu den Kirchspielsumlagen. — Den Abschluß einer daraufhin eingeleiteten Untersuchung bildete eine Verfügung des Regierungspräsidenten zu Arnsberg vom 4. Juli 1883, der die Heranziehung der Grafen zu den Kirchspielsteuern für unzulässig erklärte, da die Grafen als Forensen nicht herangezogen werden könnten. —

Gegen diesen Bescheid erhob die katholische Kirchengemeinde in B. Einspruch, und es erging der Bescheid des Oberpräsidenten der Provinz Westfalen zu Münster vom 18. April 1884. Der Oberpräsident hob die Verfügung des Regierungspräsidenten zu Arnsberg auf und erklärte die

Heranziehung der Grafen zur Kirchspielsteuer für gerechtfertigt, da die Abgaben sich als eine beständige dingliche Last, die auf dem Grundbesitz ruhe, darstelle. —

Die gegen diesen Bescheid zulässige Klage beim Bezirksausschuß ist von den Grafen nicht erhoben, die Entscheidung des Oberpräsidenten also rechtskräftig geworden. —

Die Grafen haben seither auch alljährlich die Kirchspielsteuern wieder entrichtet. Nachdem diese abermals 39 Jahre lang gezahlt waren, weigerten die Grafen nach der Inflation, seit dem 1. Januar 1924, wiederum die Zahlung der auf sie entfallenden Kirchspielsteuerbeiträge. —

B. gehörte zum alten Herzogtum Westphalen, zum Kurfürstentum Köln. Im Kurfürstentum galten gemeines deutsches Recht und die vom Kurfürsten erlassenen Gesetze. Durch Preußisches Patent vom 21. Juni 1825 wurde mit dem 1. Dezember 1825 das Allgemeine Landrecht im Herzogtum Westphalen eingeführt.[1])

Die Grafen waren kirchliche Zehntherren der Pfarrei B. Mit dem Zehntherrenrechte war im alten Herzogtum Westphalen die Decimatorenbaupflicht[2]) gemäß der Verordnung des Fürstbischofs Klemens-August, der sogenannten Klementina vom 15. Februar 1740, verbunden.[3]) — Diese Verpflichtung haben die Grafen in den Jahren 1860/61 abgelöst. —

Kirchenpatrone oder auch Conpatrone sind die Grafen in B. niemals gewesen. Im übrigen würde aus dem Patronatsrecht nur auf bauliche Verpflichtungen zur Unterhaltung der Kirchengebäude zu schließen sein. —

Die Grafen kamen als Forensen an und für sich zur Entrichtung der Kirchspielsteuern nicht in Betracht; so sind auch nachweislich in der Pfarrei B. von anderen Forensen niemals kirchliche Abgaben erhoben worden. —

Es könnte ein besonderes Verhältnis zwischen der Kirchengemeinde in B. und den Besitzern des Gutes W. bestanden haben, wodurch so weitgehende Rechte und Verpflichtungen begründet worden sind. —

---

[1]) Gesetzsammlung S. 153: Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts ... in das Herzogtum Westphalen. Namentlich § 1.

[2]) Vgl. Permanender § 18; S. 10.

[3]) v. Schilgen S. 70.
Rönne IV. S. 320, M. 1.

Wahrscheinlich ist ein derartiges Rechtsverhältnis zu irgend einer Zeit vertraglich festgelegt worden. Irgendwelche Unterlagen für diese Vermutung sind aber nicht aufzufinden. — Es fragt sich also, auf welches Rechtsverhältnis zwischen der katholischen Kirchengemeinde B. und den Grafen von L. zu schließen ist. —

Nachweisbar schon 2 Jahre vor Einführung des A.L.R. am 1. Dezember 1825 sind die Grafen zur Entrichtung von Kirchspielsteuern herangezogen worden, also jetzt in einem Zeitraum von 100 Jahren, — mit der Unterbrechung im Jahre 1881, die indessen durch rechtskräftigen Bescheid des Oberpräsidenten für unbegründet erklärt wurde, weil es sich um eine dingliche Last handele. —

Auf Grund dieses Sachverhalts erheben sich die Fragen:

„Kann durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung ein Gut derartig dinglich belastet werden, daß der jeweilige Besitzer des Gutes zur Kirchensteuer herangezogen werden kann?

Ist eine derartige privatrechtliche Belastung rechtlich möglich, oder handelt es sich um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung, und ist der Rechtsweg zulässig?“

Die folgende Untersuchung soll losgelöst von dem konkreten Tatbestand geschehen. Abgesehen von einer einmaligen Verweisung im zweiten Teile der Ausarbeitung soll selbst eine Beziehung auf den Fall vermieden werden. —

Das Einführungsgesetz zum BGB. bestimmt im Artikel 184:

„Rechte, mit denen eine Sache .... zur Zeit des Inkrafttretens des BGB. belastet ist, bleiben mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, soweit sich nicht aus den Artikeln 192—195 ein anderes ergibt.“

(Diese Artikel geben Vorschriften über Grundstückspfandrechte nach Anlegung des Grundbuchs.)

Das Gesetz erkennt also in positiver Bestimmung an, daß die dinglichen Rechte an fremder Sache unter dem neuen Gesetz fortbestehen bleiben sollen, und zwar mit dem Inhalt, der sich aus den bisherigen Gesetzen ergibt.[4]) Diese

---

[4]) Staudinger 1929, Band VI, S. 491; Art. 184.

Bestimmung setzt voraus, daß das betreffende Recht zur Zeit des Inkrafttretens des BGB., am 1. Januar 1900, bereits entstanden war, d. h., alle in den bisherigen Gesetzen aufgestellten Grundsätze müssen für die Entstehung des dinglichen Rechtes unter der Herrschaft des bisherigen Rechtes bereits eingetreten sein.[5]) Dabei bezieht sich der Artikel 184 EGBGB. nur auf den Inhalt und den Rang der bestehenden dinglichen Rechte, nicht auch auf ihre Begründung. Es sollen eben diejenigen Bestimmungen in Anwendung bleiben, unter denen sich das betreffende Recht, das jetzt unter dem BGB. fortbestehen soll,[6]) gebildet hat.

Zur Bestimmung des Inhalts der zu untersuchenden Belastung ist also im vorliegenden Falle auf das in dieser Materie in B. gültige A.L.R. als „das bisherige Recht" im Sinne des Art. 184 EGBGB. zurückzugreifen. —

Die Kirchensteuern sind erst eine Erscheinung der neueren Zeit, namentlich des 19. Jahrhunderts. In früheren Zeiten bildeten dinglich begründete und privatrechtlich aufgefaßte Verpflichtungen die geldliche Unterlage kirchlicher Zwecke. Freiwillige Liebesgaben der Gläubigen kommen bereits in der Urkirche vor. Später kamen dann die staatlichen Beträge hinzu.[7])

Aber weder die freiwilligen Leistungen, noch die staatlichen Zuschüsse, brachten die erforderliche Sicherstellung, und allmählich trat man dem Gedanken näher, durch den Ausbau eines Kirchensteuersystems nach dem staatlichen Vorbild kirchlichen Verbänden die gesetzliche Grundlage zur Erhebung regelmäßiger Abgaben zu schaffen.[8])

Im Laufe dieser Entwicklung ergingen verschiedene gesetzliche Bestimmungen. Die heutige gesetzliche Grundlage für die Erhebung der Kirchensteuern ist das preußische Ge=

[5]) Staudinger a. a. O. S. 493; Art. 184.

[6]) Habicht: „Die Einwirkung des BGB. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse." S. 425 ff.

[7]) Vgl. Mirbt, S. 60, § 14,2.
Vgl. Sägmüller II, S. 441; § 195.
Koeniger, S. 383; § 57.
Zorn, S. 475; § 28, V. 1.

[8]) Hildebrandt, S. 11 ff.; § 2..

setz vom 14. Juli 1905, betreffend die Erhebung[9]) von Kirchensteuern in den katholischen Gemeinden und Gesamtverbänden. Allmählich nahm die Besteuerung durch die Kirchengemeinden solchen Umfang an, daß die Kirchensteuern entsprechend den Staatssteuern behandelt werden.[10])

Heute gibt die Reichsverfassung im Artikel 137, V die reichsgesetzliche Grundlage zur Erhebung von Kirchensteuern: „Die Religionsgesellschaften, welche Körperschaften des öffentlichen Rechtes sind, sind berechtigt, auf Grund der bürgerlichen Steuerlisten nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen Steuern zu erheben.“ — Damit ist den Kirchengemeinden reichsverfassungsmäßig das Recht gegeben, die zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse notwendigen Abgaben von ihren Mitgliedern zu erheben.[11])

Das Nähere ist den Landesgesetzen überlassen. Die maßgebende Bestimmung ist heute das erwähnte Gesetz vom 14. Juli 1905.[12]) Nach § 2 dieses Gesetzes sind nur steuerpflichtig „alle Katholiken, welche der Kirchengemeinde durch ihren Wohnsitz angehören“. Aber auch nach dem A.L.R. und nach den Bestimmungen des preußischen Gesetzes betr. die Vermögensverwaltung in den katholischen Kirchengemeinden vom 29. Juni 1875[13]) wird nur derjenige als steuerpflichtig angesehen, der Katholik ist und seinen Wohnsitz in der Gemeinde selbst hat.

Die Heranziehung zur Kirchensteuer (Kirchspielsteuer) soll hier aber unabhängig von den beiden Erfordernissen des Glaubensbekenntnisses und des Wohnsitzes des Steuerschuldners geschehen. Es soll daher untersucht werden, ob durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung sich eine dingliche Belastung derart bilden kann oder früher bilden konnte, daß der jeweilige Besitzer eines Gutes zur Entrichtung einer Kirchspielsteuer heranzuziehen ist, wobei es

---

9) Gesetzsammlung S. 281.
Sehling, S. 117; § 66, 6d.

10) Vgl. Stölzel S. 148; § 21, I. Vgl. auch §§ 41, 42 der VO. vom 26. Dezember 1808, Zorn S. 475/476; § 28, V., 2.
RGE. 114, S. 229.

11) Anschütz S. 560; Art. 137.
Friedberg S. 570; § 173 D. I.
Hinschius in Birkmeyer S. 991; § 18, 8.

12) Gesetzsammlung S. 281.

13) Gesetzsammlung S. 241.

gleichgültig sein mag, wo der „Verpflichtete" seinen Wohnsitz hat und welchen Glaubens er ist.

Unter Kirchspielsteuern im Sinne dieser Untersuchung sind diejenigen Abgaben zu verstehen, die nach dem heute üblichen Umlageverfahren auf den einzelnen entfallen.[14]) Diese Beträge fließen in die „Kirchenfabrik", das Kirchenvermögen im weitesten Sinne einer Kirchengemeinde.[15]) Es ist dabei unwesentlich, zu welchen Zwecken diese Kirchspielsteuern verwendet werden, — sie müssen freilich, wie es sich aus dem Sinne ergibt, stets im Rahmen der Kirchenverwendung bleiben. Unter dieses Verwendungsgebiet fällt eben alles, was einen Zusammenhang mit der Kirche hat: So etwa der Bau des Kirchenküsterhauses, Anlagen auf dem Kirchhof usw.

Zur Entrichtung der Kirchspielsteuer ist aber nur der „Eingepfarrte", also derjenige, der seinen Wohnsitz innerhalb seines Kirchspiels aufgeschlagen hat, heranzuziehen. Wer dabei einen doppelten Wohnsitz hat, wird bei der „Parochialkirche"[16]) eines jeden Wohnsitzes als Eingepfarrter betrachtet.[17])

Es handelt sich im vorliegenden Falle also nicht um die Kirchensteuer, deren Erhebung im Artikel 137, V RV. und damit in den einschlägigen landesgesetzlichen Bestimmungen den gesetzlichen Untergrund gefunden haben, sondern es stehen hier besondere Abgaben zu kirchlichen Zwecken zur Erörterung. Diese Beiträge sind keine Naturalleistungen, wie sie früher meist auf dem Lande erbracht wurden, sondern Geldbeträge.

Allerdings fehlt hier bei der Observanz und der erwerbenden Ersitzung die gesetzliche Grundlage; zum mindesten ist sie heute nicht mehr zu erkennen. Und da soll die Observanz oder die erwerbende Ersitzung die wahrscheinlich einstmals bestimmte Grundlage neu erstehen lassen,

---

[14]) v. Schilgen S. 148/149.

[15]) Vgl. §§ 788, 789, 790, II, 11 A.L.R.
Richter S. 1345; § 318.
Meyer S. 430; § 166.
Vgl. v. Schilgen S. 90.

[16]) Parochie ist derjenige Distrikt, in dem Glaubensverwandte einer vom Staat öffentlich aufgenommenen Religionspartei zu einer gemeinschaftlichen Kirche angewiesen sind. (§ 237,II, 11 A.L.R.)

[17]) Altmann S. 66.
Vgl. v. Rönne IV, S. 184.

und zwar in Gestalt eines Titels für die die Ansprüche erhebende katholische Kirchengemeinde.

Dieser Gedanke steht auch mit der heutigen Gesetzgebung auf dem Gebiete der Kirchensteuer keineswegs in Widerspruch. Wie erwähnt, ist die heutige gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Kirchensteuern der Artikel 137, V RV., der es wieder den Landesgesetzen überläßt, das Nähere zu bestimmen. Diese landesgesetzliche Regelung hat in den erwähnten Kirchengesetzen stattgefunden. Hierin ist indessen eine bestimmte Glaubenszugehörigkeit und der Wohnsitz in der besteuernden Gemeinde erforderlich. Es soll aber von diesen Erfordernissen unabhängig eine dingliche Belastung durch Observanz oder erwerbende Ersitzung untersucht werden, — also eine der Kirchensteuer im eigentlichen Sinne nebenher laufende Verpflichtung. —

Eine positive landesgesetzliche Bestimmung gegen eine derartige Erscheinung besteht nicht, und es wäre also nur der Fall denkbar, daß die den Gegenstand der Untersuchung bildende Belastung dem Sinne nach der gesetzlich niedergelegten Verpflichtung zur Zahlung von Kirchensteuern nach heutiger Kirchensteuer-Gesetzgebung nicht vereinbar wäre.

Der Grundgedanke der Kirchensteuer ist, — wie oben bei der Erörterung ihrer Geschichte kurz gestreift wurde —, daß das einzelne Mitglied der Kirchengemeinde selbst zur geldlichen Aufrechterhaltung des Kirchenwesens beitragen soll, einmal, weil der Staat die gesamten Unkosten nicht tragen kann und will, — denn die für die öffentlichen Körperschaften erforderlichen Mittel sind von den Mitgliedern dieser Körperschaften aufzubringen —, sodann, weil durch die stete Verpflichtung zur Leistung an die Kirche eine gewisse, — freilich meist freiwillige —, Verbundenheit zwischen der Kirche und ihren Angehörigen geschaffen werden soll. Diese letztere, eucharistisch-ideale Begründung verblaßt bei einer dinglichen Belastung, gerät indessen nicht gänzlich in Fortfall, weil in einer durch den Grundbesitz vermittelten Zugehörigkeit zur Kirche immerhin eine Art Interessengemeinschaft begründet liegt. So sagt eine Entscheidung des Königlichen Obertribunals,[18]) daß der Forense, der seine Grundstücke außerhalb seines

---

[18]) Striethorst's Archiv, Band 41, S. 141.

Wohnsitzes hat, noch insoweit ein Interesse an der Erhaltung der Kirche nimmt, als seine Verwalter auf dem eigentlichen Grundbesitz ihren Wohnsitz aufgeschlagen haben oder durch eine Verwaltung des Grundstücks auf andere Weise schon ein Zugehörigkeitsgefühl zur Kirche des Grundstücksortes zum Ausdruck gebracht wird.

Anderseits entspringt die im Wege der Umlage von den Gemeindemitgliedern zur Deckung der kirchlichen Ausgaben erhobene Kirchspielsteuer, wie sie im vorliegenden Falle betrachtet werden soll, auch zunächst der Vorstellung, daß der Glaubensverwandte an der Erhaltung der Kirche wirtschaftlich mitarbeiten soll. Außerdem spricht hier ebenfalls der Pietätsgedanke mit, aber in weit klarerem Maße, als bei der eigentlichen Kirchensteuer. Bei jener spielt das mittelalterlich-patriarchalische Verhältnis, das meist in einem Patronat seinen Niederschlag findet, zwischen der Kirche und dem Kirchenmitglied eine große Rolle. Der die Pfarrabgaben Leistende steht zu seiner Kirche in einem besonders engen Verhältnis, das vornehmlich auf das Persönliche aufgebaut ist. Bei einem Patronat trat sogar die Kirche bei plötzlicher Verarmung ihres Spenders für dessen Unterstützung im Lebensunterhalt ein, meistens steuerte sie auch selbst bei. — Die Kirchspielsteuer als solche — wenn sie nicht zugleich eine Patronatsabgabe war — gab freilich dem Zahlungspflichtigen im Bedürfnisfalle keinen Gegenanspruch auf Unterstützung durch das Kirchspiel. Es entspricht aber dem Wesen der Kirchspielsteuer der älteren Zeit, daß mit der persönlichen Verbundenheit des Mitgliedes zum Kirchspiel eine rücksichtsvolle, den Verhältnissen des Zahlenden entsprechende Besteuerung eintrat. Bei der Kirchensteuer heißt es indessen: „Der Glaubensgenosse muß zahlen!“, und zwar schon wegen der Tatsache seiner Zugehörigkeit zur Kirche.

Diese beiden, in verschiedener Auffassung gegenübergestellten Begriffe der Kirchensteuer und der Kirchspielsteuer stehen sich nicht entgegen, namentlich kann davon keine Rede sein, daß sie der heutigen Gesetzgebung auf dem Gebiete der Kirchensteuer widersprechen. Man möchte fast sagen, daß — a majori ad minus — die Kirchspielsteuern mit den gesetzlichen Bestimmungen umsomehr in Einklang zu bringen sind, als das auf persönlichem Boden entstandene Pflichtgefühl zur Unterstützung der Kirche das Ur-

sprüngliche war, denn vor der gesetzlichen Bestimmung der Kirchensteuer war doch lediglich die Kirchspielsteuer die einzige Erhebungsart und die einzige Grundlage für die Gesundung der kirchlichen Ueberlastung auf geldlichem Gebiete. —

Auch der Bildung einer Observanz und der erwerbenden Ersitzung steht die heutige Kirchensteuergesetzgebung nicht entgegen. Nach § 37 des erwähnten Gesetzes vom 14. Juli 1905[19]) bleibt die Befugnis der Kirchengemeinde, auf Grund bestehender älterer abweichender Ordnungen Kirchensteuern umzulegen, unberührt. Danach ist eine Observanz und eine erwerbende Ersitzung möglich, nach der Katholiken, die Grundbesitz, aber nicht ihren Wohnsitz in der Gemeinde haben, — sogenannte Forensen —, zur Kirchspielsteuer herangezogen werden können.[20]) Die Kirchensteuergesetzgebung wollte lediglich die auf öffentlich-rechtlichem Gebiete liegende Verpflichtung zur Beitragsleistung regeln, während eine dingliche Belastung durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung als solche rein privatrechtlicher Art und auch nach Privatrecht zu beurteilen ist. Derartig weitgehende Bestimmungen wollte der Gesetzgeber der Kirchensteuern nicht aufnehmen, — ob de lege ferenda eine solche gesetzliche Bestimmung angezeigt erscheint, soll hier nicht erörtert werden.

Dieser Gedanke kann indessen nur insofern Platz greifen, als es sich um die Kirchspielsteuern der *älteren* Zeit handelt. Der Fortbestand einer älteren kirchlichen Abgabe, die *vor* der staatlichen, vereinheitlichenden Neuordnung des Kirchensteuerwesens in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden ist, erscheint, falls sie im Laufe der Zeit zu einer privatrechtlichen, reallastartigen Verpflichtung zahlenmäßig bestimmten Umfangs geworden ist, keineswegs unvereinbar mit der heutigen staatlichen Steuergesetzgebung, obwohl heute die Voraussetzungen für die *Entstehung* der Kirchensteuerpflicht durch zwingende gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dagegen dürfte die Annahme der Möglichkeit einer Entstehung oder des Fortbestandes einer reallastartigen Verpflichtung des jeweiligen Grundeigentümers zur Entrichtung von Kirchensteuern wie immer beschaffenen Inhalts — also auch der

---

[19]) Gesetzsammlung S. 281.
[20]) Vgl. Giese S. 307; § 63.

heute erhobenen Kirchensteuer — mit den Grundlagen unseres heutigen Steuerrechts in Widerspruch stehen. Die vorliegende Ausarbeitung muß sich daher auf diejenigen Kirchspielabgaben beschränken, die vor der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts entstanden sind.

Für diese Kirchspielsteuern ist aber auch der Fortbestand einer privatrechtlichen, reallastartigen Verpflichtung zu bejahen. —

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß eine dingliche Belastung eines Grundstückes zur Entrichtung von Kirchspielsteuern durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung in der vorstehend erörterten Einschränkung mit der heutigen Kirchensteuergesetzgebung in Einklang zu bringen ist. —

Nach § 6 des Gesetzes betr. die Ablösung der Reallasten und die Regulierung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse, vom 2. März 1850,[21]) sind unter Reallasten „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf .... Grundstücken haften“, anzusehen. Als Abgaben und Leistungen dieser Art sind Naturalleistungen und Geldrenten aufzufassen.

Die Reallasten wurzeln im deutschen Recht des Mittelalters.[22]) Sie sind aus einer Verknüpfung von Abgaben und Diensten mit Grund und Boden entstanden. Die Entwicklung geht von den auf Grund persönlicher Unfreiheit dem Herrn geschuldeten Leistungen, Abgaben und Diensten aus. Daraus entstammen die Grundlasten, die lediglich auf dinglicher Abhängigkeit beruhten. Ihre Fortbildung und Erweiterung erfuhren diese Grundlasten durch die Abgaben und Dienste, die auf Grund öffentlich-rechtlicher Unterwerfung geschuldet wurden. Hierbei treten besonders die anfangs als Kirchenabgaben geforderten Zehnten hervor.[23]) Diese Zehnten sind Reallasten; sie verpflichten zur Abgabe eines Teiles der auf dem Grundstück gewonnenen Erzeugnisse. Die Kirche suchte allmählich eine allgemeine Grundstücksbelastung mit der kirchlichen Zehntpflicht

---

21) Gesetzsammlung S. 77.
22) Enneccerus II, 1; § 127, II. S. 438.
23) Gierke II, S. 700 ff.; § 148, II.

(decimae ecclesiasticae) durchzusetzen, und zwar unter Anwendung besonderer kirchenrechtlicher Vorschriften. Im Stadtrecht bildeten sich selbständige Grundrenten aus. Mit diesen wurden Hausgrundstücke zum Teil durch ein privatrechtliches entgeltliches Geschäft, den sogenannten Rentenkauf, belastet.[24]) Diese Renten sind wieder Reallasten, die zu wiederkehrenden festen Abgaben verpflichteten. Sie haben mit den Grundzinsen den gleichen Inhalt, und im Mittelalter tragen sie meistens denselben Namen. (Zins, huszins, wurtzins.)[25])

Das BGB. hat das Recht der Reallasten nur in seinen Grundzügen geregelt. Nach Artikel 113, 115 EGBGB. bleibt es den Landesrechten vorbehalten, nähere Bestimmungen über die Reallasten zu treffen. Das A.L.R. spricht im 19. Titel des I. Teiles von „dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigentum überhaupt". Hierzu gehören insbesondere die Reallasten, die das A.L.R. namentlich nicht erwähnt.[26])

Die Reallasten tragen durchweg die Züge einer Verteilung der Sachherrschaft, deren Gegenstand nicht das Grundstück als bloßer Sachkörper, sondern als Träger eines wirtschaftlichen Bereiches bildet. Nach der Rezeption blieb in Theroie und Praxis die Anschauung eines sachenrechtlichen Verhältnisses erhalten. Dies geht schon aus der Bezeichnung „Reallast, onus reale" hervor.[27]) Ueber die Theorien der neueren Zeit, die sich über die Natur der Reallast als Forderungsrecht oder dingliches Recht auseinandersetzen, wird weiter unten die Rede sein. Hier soll nur Grundsätzliches über das Wesen der Reallast folgen.

Die Tätigkeit muß in einer Leistung des Verpflichteten bestehen. Darin liegt der Unterschied von der Dienstbarkeit, wobei das Grundstück die Belastung nur „trägt". Es verhalten sich demgemäß:

a) bei der Dienstbarkeit:
   1. der Berechtigte aktiv,
   2. der Verpflichtete passiv;

---

[24]) Gierke II, S. 744/745; § 150, II, 1 und 2.

[25]) Gierke II, S. 752/753; § 151, I.

[26]) Rehbein II, S. 367 und 371.

[27]) Gierke II, S. 703/705; § 148, III 1 und 2.

b) bei der Reallast — umgekehrt —:
1. der Berechtigte passiv,
2. der Verpflichtete aktiv.[28])

Demnach ist die Reallast in Ergänzung der oben im Anschluß an den § 6 des Gesetzes vom 2. März 1850[29]) zu erklären als die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen, die dem Eigentümer eines Grundstückes als solchem obliegen, so daß die Person des Verpflichteten nur durch das Eigentum des Grundstücks bestimmt wird.[30]) Dabei ist weder eine regelmäßig wiederkehrende Leistung, noch eine Leistung zu bestimmten Zeiten, noch eine unbeschränkte Dauer des Verhältnisses vorausgesetzt.[31])

Das BGB. bezeichnet im § 1105 die Reallast als eine Grundstücksbelastung in der Weise, „daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstücke zu entrichten sind". Und nach § 1108 BGB. „haftet der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich". Also ist auch nach den Bestimmungen des BGB. die Reallast als ganzes ihrer rechtlichen Natur nach eine von einer persönlichen (schuldrechtlichen) Verbindlichkeit unabhängige Grundstücksbelastung, aus der die Verpflichtung des Grundstückseigentümers als solchen zur Entrichtung der einzelnen Leistungen erwächst. Und diese Einzelleistungen sind ebenfalls dinglicher Natur, jedoch soll der Grundstückseigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich in Anspruch genommen werden können.[32])

Es entsprach dem älteren deutschen Recht, daß die dingliche Schuld einer Reallast den jeweiligen Eigentümer traf; gab er danach das Eigentum auf oder verlor er es, so war er befreit.[33])

Ueber die rechtliche Natur der Reallast hat von jeher Streit geherrscht, und drei Ansichten stehen sich im wesentlichen gegenüber:

---

[28]) Förster-Eccius III, S. 413.
[29]) Gesetzsammlung S. 77.
[30]) Siehe Förster-Eccius III, S. 410.
[31]) Roth III, S. 465.
[32]) Reichsgerichtsrätekommentar I, S. 1014; § 1105, Anmerkung 3.
[33]) Gierke II, S. 724/726; § 149, II 2.

Die eine[34]) erklärt die Reallasten für Obligationen und spricht ihnen den dinglichen Charakter völlig ab. Danach geht der obligatorische Charakter auch dadurch nicht verloren, daß der jeweilige Besitzer eines bestimmten Grundstücks verpflichtet wird. — Da aber gerade das Wesen der Verdinglichung darin besteht, daß ein Recht an einem Grundstück — ohne Rücksicht auf die Person des Eigentümers — geltend gemacht werden kann, ist diese Auffassung abzulehnen. —

Eine andere Meinung[35]) macht bei dem Begriff der Reallast eine Teilung in die Reallast als solche mit dinglichem Charakter und der einzelnen Leistung mit persönlichem Charakter. Auch diese Ansicht ist abzulehnen, denn einmal begegnet die Teilung in dingliche Reallast und obligatorische Leistung schon der Schwierigkeit, daß bei einem Wechsel des Grundstückseigentümers zwei verschiedene Ansprüche bestehen:

1. gegen den augenblicklichen Inhaber,
2. gegen den noch rückständigen früheren Eigentümer.

Welcher Anspruch kann verwirklicht werden? Beide? — Wenn nur der erste, dann ist damit die Dinglichkeit bejaht; wenn nur der zweite, dann entsteht eine weitere Schwierigkeit, wenn der „Verpflichtete“ etwa zahlungsunfähig wird: Soll der Berechtigte das Nachsehen haben, der doch die Reallast als dingliches Recht bestellt hat und dem gerade das Grundstück nach seiner Privatvereinbarung als Sicherheit dienen soll? — Sodann widerspricht eine derartige Teilung dem Wesen der Reallast: Eine aus dem Grundstück zu erbringende Leistung. Der Berechtigte soll sich nicht auf das persönliche Vermögen des Verpflichteten beschränken, vielmehr sich aus dem Grundstück befriedigen, das ja auch belastet ist. Er will bei dem Besitzwechsel nicht immer in Ungewißheit über die Vermögenslage des neuen Eigentümers schweben. Und diese Unsicherheit tritt ein, wenn plötzlich mit der Fälligkeit, —

---

34) v. Gerber S. 274; § 167.
Stobbe II, S. 63; § 138 Nr. 11.
v. Savigny-Obligationen I, S. 134.

35) Wächter I, S. 127, ff.
Beseler S. 411/412, Band I.
Förster-Eccius III, S. 412.
Maurenbrecher S. 313.

denn zu anderer Zeit ist die Spaltung nicht denkbar — der Berechtigte seine Hand von dem Grundstück nehmen und auf den Verpflichteten legen muß. Das kann nicht der Sinn und das Ergebnis der Realbelastung sein!

Mag auch der Grundstückseigentümer für die während seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch dann noch haften müssen, wenn er nicht mehr Eigentümer des Grundstücks ist, so ist damit noch keineswegs eine reine obligatorische Verpflichtung für die einzelne Leistung gegeben. Es handelt sich vielmehr lediglich um eine persönliche Weiterhaftung des früheren Eigentümers, die kein wesentlicher Bestandteil der Reallast ist; denn diese Haftung kann ausgeschlossen werden, wie sich aus § 1108 Abs. I BGB. ergibt.[36]) Die Weiterhaftung ist nur ein erweiterter Schutz für den Berechtigten, damit der Verpflichtete sich nicht bei Fälligkeit plötzlich zu einer Aufgabe des Grundstücks entschließt, so daß der Berechtigte leer ausgeht.

Dies wird der Eigentümer immer dann tun, wenn, — namentlich bei angehäuften Raten —, der Wert des Grundstücks hinter der Höhe der Reallast zurückbleibt. Hier soll der Berechtigte das Recht haben, den Verpflichteten auch nach Aufgabe dessen Eigentums noch in Anspruch zu nehmen. Dann soll der frühere Eigentümer in der Höhe des zur Zeit der Fälligkeit auf sein Eigentum entfallenden Betrages persönlich verhaftet sein.

Richtig ist vielmehr die dritte Ansicht,[37]) die den dinglichen Charakter sowohl der Reallast als ganzes, als auch der einzelnen Leistungen anerkennt. Diese Auffassung entspricht am ehesten dem Wesen der Reallast: Es sollen aus einem Grundstück bestimmte Leistungen erbracht werden. Denn abgesehen davon, daß der Name „Reallast“ auf die Dinglichkeit des Rechtes hinweist, ist die Reallast, wie Dernburg[38]) sagt, Produkt eines geschichtlichen Prozesses, wonach sich mit der dinglichen Belastung des Bodens eine obligatorische Verpflichtung des jeweiligen Besitzers verband. Und gerade die Geschichte der Reallast fordert

---

[36]) Gierke II, S. 710; § 148, III, 4.
[37]) Roth III, S. 468.
Gengler, S. 275/276.
Duncker, S. 76.
Dernburg I, S. 778; § 305.
Gierke II, S. 710; § 148, 4.
[38]) Dernburg I, S. 779; § 305.

die Anerkennung ihrer vollständigen Dinglichkeit. — Einleuchtend erscheint auch die Auslegung des Gesetzesinhalts im BGB. durch Gierke:[39]) Im § 1108 BGB. heißt es, daß der Eigentümer für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen auch persönlich haftet. In Verbindung mit § 1105, I und § 1107 BGB. deutet das Wörtchen „auch" auf die Dinglichkeit selbst der einzelnen Leistungen hin. —

Die Reallast kommt auf dem Gebiete des privaten wie des öffentlichen Rechts vor. — Der erste Fall ist niemals bestritten gewesen; indessen gingen bezüglich des zweiten Gesichtspunktes die Meinungen namentlich unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern auseinander. Diese Schriftsteller sondern scharf die privatrechtlichen Reallasten von den öffentlichen Lasten der Grundstücke. Eine eingehende Begründung ihrer Ansicht lassen diese Autoren vermissen.[40])

Heute ist indessen anerkannt,[41]) daß es Reallasten sowohl auf dem Gebiete des privaten wie des öffentlichen Rechtes gibt. Für das letztere namentlich die öffentlich-rechtlichen gemeinen Lasten.[42])

Im mittelalterlichen Recht bestand die heutige Scheidung zwischen bürgerlichem und öffentlichem Rechte nicht. Die scharfe Trennung öffentlich-rechtlicher und privat-rechtlicher Reallasten wurde erst mit dem Schwinden der Patrimonialrechte durchführbar.[43]) Die öffentlich-rechtlichen Lasten sind den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes nicht unterworfen, da sie nicht Reallasten im technischen Sinne sind. Da sie aber ihrem Inhalte nach eine Beschränkung des Eigentums enthalten und gleichfalls ein Recht auf wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück gewähren, sind in vielen Punkten die Rechtssätze über die Reallasten auch für sie maßgebend.[44]) Die auch von der gegnerischen Seite anerkannte Aehnlichkeit der privatrechtlichen Real-

---

[39]) Gierke II, S. 719; § 148, 4, Anm. 36.
[40]) Roth III, S. 465; § 284, I.
Gierke II, S. 713 ff.; § 148, IV, 1.
v. Gerber, S. 278; siehe auch Anm. 4 a. a. O.
[41]) Dernburg I, S. 780; § 306.
Förster-Eccius III, S. 410; § 188, I.
Beseler I, S. 416, § 97, I.
[42]) Vgl. v. Kamptz-Genzmer OVG. II, S. 897.
[43]) Gierke II, S. 702; § 148, II, Anm. 7.
[44]) Gierke II, S. 713; § 148, IV. 1.

lasten und den öffentlichen Lasten in ihrer Behandlung könnte allein allerdings nicht zu der Ansicht unbedingter Gleichartigkeit führen. Es ist aber belanglos, ob auf der Berechtigten-Seite eine Körperschaft steht oder eine Privatperson.

Das Wesen der Reallast liegt ohne Zweifel in der Belastung des Grundstücks; man darf aber nicht den Schwerpunkt auf die Person des Berechtigten legen, die nur nebensächlich ist. Das Gesetz spricht sich nicht für das eine oder andere aus, und die Ablehnung mit der Begründung, daß die Reallast im Privatrecht geregelt sei, erscheint unhaltbar. Gleichgültig ist, ob die aus einem Grundstück zu erbringenden Leistungen für eine private Person bestellt sind oder für einen Verband. Beide sind die Berechtigten, und sie wollen nur das eine: die Leistungen aus dem Grundstück. —

Nachdem festgestellt sein dürfte, daß für den vorliegenden Fall lediglich die Grundbestimmungen des A.L.R zur Anwendung kommen, — denn wenn der Anspruch auch erst in neuerer Zeit geltend gemacht wird, so ist er doch immer in früherer Zeit, also noch unter der Herrschaft des damals geltenden Rechts entstanden und nach diesem zu beurteilen, — daß ferner die Erhebung von Kirchspielsteuern mit der heutigen Kirchensteuergesetzgebung nicht in Widerspruch steht, nachdem schließlich unter näherer Darlegung des Begriffes und der rechtlichen Natur der Reallast erörtert worden ist, daß die Verpflichtung zu regelmäßigen Abgaben an einen öffentlichen Verband unter den Begriff der Reallast fallen kann, soll im folgenden eine Betrachtung darüber angestellt werden, ob eine derartige Verpflichtung sich durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung bilden kann. —

„Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches ist jede Rechtsnorm.“ (EGBGB. Artikel 2.)

Unter die Rechtsnormen fällt auch das Gewohnheitsrecht. Im I. und II. Entwurf des BGB. sollte auf Grund positiver Gesetzesbestimmung das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle bezeichnet werden. Aber aus Zweckmäßigkeitsgründen wurde dieser Gedanke fallen gelassen; es wurde beschlossen, auch im Einführungsgesetz des BGB. die

Frage des Gewohnheitsrechts mit Stillschweigen zu übergehen.[45]) Das Gewohnheitsrecht ist aber als Rechtsquelle erhalten geblieben und heute noch unter der Herrschaft des BGB. als eine maßgebende Rechtsnorm anzusehen.[46])

Recht kann entstehen durch:

1. das Volk selbst;
2. die Gesetzgebung;
3. die Wissenschaft.[47])

Das Volk als Rechtsschöpfer tut seine Ueberzeugung kund, die es im Laufe seiner Entwicklung und Stammesgeschichte für so maßgebend und wertvoll hält, daß es danach lebt. Diese unmittelbare Volksüberzeugung tritt hervor:

a) in dem Bewußtsein der Volksglieder und

b) in ihren Handlungen, die nach jenem Bewußtsein eingerichtet, also die Anwendung, die Uebung des Rechtes sind.

Die Rechtsüberzeugung eines Volkes führt dann dazu, das Gewonnene scharf zu kennzeichnen, gewissermaßen das Unebene daran fallen zu lassen, bis sich eine gewisse Selbstverständlichkeit herausgebildet hat, die man Sitte nennt. Da es gerade in einer bestimmten Gruppe von Menschen zu dieser Ueberzeugung gekommen ist, wundert sich der Fremde über die bei den anderen Volksgemeinschaften herrschenden „Sitten“. Hier ist es aber nichts Außergewöhnliches mehr, vielmehr ist diese Sitte „Gewohnheit“ geworden. Jeder in dem betreffenden Volke richtet sich danach, Menschengeschlechter haben es so gehalten, und allmählich bildet sich der Gedanke heraus: „Es ist immer so gewesen; hier zu Lande kennt man es nicht anders!“[48]) Das

---

45) Staudinger VI S. 11; Art. 2 Anm. III, 5.
Vgl. Steinmetz S. 11.

46) Krückmann in Jh. Jhb. Band 38, S. 191.
Staudinger, VI, Art. 2, Anm. III, 3b.
Cosack S. 5, § 3, 2; Eck S. 21; § 7, 1.
Enneccerus I S. 66; § 29, III, 2d.

47) Puchta I, S. 144/146.
Enneccerus I, S. 74 ff.; § 32.
Wachsmann S. 7/8.
Weitere Schriften wie Anmerkung 46).
Manigk-Savigny S. 155 und 202.

48) Siegel S. 18.

Recht entsteht hier eben durch Rechtsanwendung, das heißt, unbewußt aus den Ueberzeugungen und dem Leben des Volkes heraus. Es ist also das Recht der Ueberzeugung; es gilt, weil es, — von der Ueberzeugung des Volkes ausgegangen —, durch freiwillige Uebung kraft innerer Notwendigkeit sich durchgesetzt hat.[49])

So bemerkt die Glosse zum Sachsenspiegel: „nun hat alles recht eyn anfangk entzwar von natur, ader von gewohnheyt.“ Hier werden drei „unterscheyde“ gemacht: „Entzwar ist es komen von natur oder von statrecht adder von gewohnheyt.“ Ueber den Begriff der „gewohnheyt“ sagt der Verfasser des Sachsenspiegels:

„Dieses Recht hab ich selber nicht erdacht
„Es habens von alder uff uns bracht
„Unser gute vorfarn.“[50])

Diese Art der Rechtsquelle ist die wahrste; sie spiegelt am besten die Ueberzeugung und das Wesen des Volkes wider.[51])

Dort liegt die Triebfeder zu ihrer Befolgung in einer, in bestimmter Zeit an bestimmtem Orte allgemeinen Wertschätzung oder in einem allgemein gefühlten Bedürfnisse, das eben nach seiner Natur und allen Umständen nach auch eine gewisse Beständigkeit verspricht.[52]) Das Gewohnheitsrecht ist diejenige Rechtsquelle, die unmittelbar aus dem Geiste des Volkes hervorgegangen ist, also am getreuesten das zum Ausdruck bringt, was das Volk in seinen ureigensten Anschauungen will. Das Gewohnheitsrecht ist demnach die natürliche Uebereinstimmung der Ueberzeugung, wie sie durch das Wesen des Volkes unmittelbar gegeben ist.[53]) Es ist das Wesen des Gewohnheitsrechts, daß aus einer gleichgültigen, tatsächlichen Gewöhnung Recht entsteht, gesteigert bis zur Kraft des Gesetzes.[54])[55])

[49]) Sohm, S. 27; § 7, II.
[50]) Manigk-Naturrecht S. 19; Sachsenspiegel-Vorrede: Zeil. 151, 152, 153.
[51]) Brunner, S. 12.
[52]) Schuppe S. 5.
[53]) Puchta I, S. 144.
Hinschius in Birkmeyer S. 957.
Rümelin S. 19.
[54]) Brie S. 251.
Steinmetz S. 12.
[55]) Kochmann S. 2.

Manigk bezeichnet als Quellen des geltenden Rechts das Gesetz und die Gewohnheit. Der Richter hat nach der Rechtsidee zu entscheiden, wo diese Quellen Lücken lassen. Zum Gewohnheitsrecht gehört eine gesellschaftliche Uebung, die schließlich einen verbindlichen Rechtssatz schafft. Dadurch führt die Uebung dann zu einer rechtlichen Bindung.[56]) Als Voraussetzung für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes sieht Manigk die „opinio necessitatis" an. In diesem Sinne drückt sich auch Jung[57]) aus, der die „opinio necessitatis" nur während der Bildung von Gewohnheitsrecht, nicht für einen schon erwachsenen, anerkannten Gewohnheitsrechtssatz fordert. — Im Gegensatz dazu meint Oertmann,[58]) daß es auf die „opinio necessitatis" bei der gewohnheitsrechtlichen Bildung nicht ankomme. Oertmann geht davon aus, daß entscheidend sei, nicht warum die staatlichen Organe den Satz üben, sondern daß sie ihn üben. Die Sätze des Gewohnheitsrechts beruhten lediglich auf tatsächlicher Uebung, und die Tatsache, daß der Satz lange Zeit hindurch geübt worden sei, erzeuge in dem konkret denkenden Beobachter die Vorstellung der Richtigkeit.

Eine „opinio necessitatis" wird indessen in den meisten Fällen einer gewohnheitsrechtlichen Uebung vorhanden sein. Andernfalls würde sich eine „Gewohnheit" nicht im Rechtssinne bilden, denn diese ist von dem Gedanken getragen, daß in einer Gemeinschaft ein Satz als Rechtssatz anerkannt wird. Allein die opinio necessitatis unterscheidet die Entstehung eines Rechtssatzes von derjenigen eines Satzes der Sitte, der Sittlichkeit, der Konvention. Aus diesem Grunde ist die „opinio necessitatis" nicht Voraussetzung, sondern ein Bestandteil des Gewohnheitsrechts, also immer zu fordern. —

Die zweite Rechtsquelle ist die Gesetzgebung, d. h. die durch einen bewußten, formgemäß-willkürlichen Akt der Staatsgewalt hervorgerufene Rechtsentstehung. Was die Staatsgewalt unter den verfassungsmäßigen Voraussetzungen als allgemeinen Willen erklärt, gilt auch als Wille des Volkes. Die Staatsgewalt kann nun für mehr oder weniger Fälle (— für alle ist dies natürlich unmöglich! —) diesen allgemeinen Willen, d. h. dasjenige, was

---

[56]) Manigk-Savigny S. 244/245.
[57]) Jung S. 236.
[58]) Oertmann S. 17/18.

dafür gelten soll, ausdrücklich festsetzen und aussprechen. Diesen Ausspruch nennt man Gesetz.[59])[60])

Schließlich bleibt noch die Wissenschaft als Rechtsquelle zu prüfen: Gewisse, des Rechts kundige Personen befassen sich mit der Auslegung zweifelhafter Rechtssätze. Diese Personen bringen kein neues Recht hervor, machen es vielmehr dem Rechtsunkundigen verständlich, unter gelegentlicher Hinzufügung bestimmter Ansichten. Das Recht, das ursprünglich Gemeingut des Volkes war, wird nach seiner weitverzweigten Fortenwicklung über das Verständnis des einzelnen Menschen hinausgehen. Es bildet sich dann ein besonderer Stand der Rechtskundigen, der das Recht nach mannigfachen Erläuterungen dem Volke auseinandersetzt. Darin zeigt sich der Einfluß des Juristenstandes auf das positive Recht, — und Savigny[61]) weist den Vorwurf einer unbefugten Anmaßung dieses Standes weit zurück.[62]) Werden diese Auffassungen von der „herrschenden Meinung“ anerkannt, dann kann sich daraus ein Recht bilden. Indessen nimmt diese Art der Rechtsbildung deswegen nur eine untergeordnete Stelle ein, weil stets die von einer Minderheit von Personen aufgestellte wissenschaftliche Erkenntnis sich erst durchsetzen muß und namentlich immer eine vorhandene Lücke ausfüllen soll. Andererseits ist das Gewohnheitsrecht und das Gesetzesrecht vorhanden, und hierneben kann die Wissenschaft nicht als selbständige Rechtsquelle angesehen werden. —

Es soll nun hier nicht die Geschichte des Gewohnheitsrechtes an Hand maßgeblich erscheinender Lehrbegriffe besprochen werden, — das würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen —, sondern Zweck dieser Darstellung soll sein, nach dem erkannten Begriff des Gewohnheitsrechtes die Erfordernisse aufzuzählen, die heute die Grundlage eines Gewohnheitsrechtes bilden. Namentlich sollen die Voraussetzungen, deren das Gewohnheitsrecht zur Anerkennung seiner Gültigkeit bedarf, näher beleuchtet werden. —

---

[59]) Sohm S. 27; § 7, II.
[60]) Puchta I S. 145.
[61]) Savigny-System I S. 48; § 14.
[62]) Savigny-System I S. 45; § 14.
Vgl. Manigk-Savigny S. 154.

Das Gewohnheitsrecht kann generelles oder spezielles Recht sein. Das spezielle Gewohnheitsrecht wird von einer besonderen Lebensgemeinschaft für die ihr eigentümlichen Verhältnisse erzeugt, so das Gewohnheitsrecht einer Religionsgemeinschaft, eines Geburtsstandes, eines Berufsstandes usw. Zum speziellen Gewohnheitsrecht gehört auch die Observanz. Das ist das Gewohnheitsrecht, welches sich innerhalb einer körperschaftlichen Gemeinschaft bildet.[63][64]

Wie Sturm[65] sagt, verhält sich das allgemeine Gewohnheitsrecht zur Observanz, wie das Gesetz zum Statut. Ihr Unterschied liegt nur in der Beschränkung der Grenzen.

Bei Körperschaften besteht die Möglichkeit, kraft besonderer Bestimmungen Rechtssätze zu schaffen. Diese Befugnis wird Selbstbestimmung (Autonomie) genannt. Ihre gewohnheitsrechtliche Bildung pflegt man „Observanz" zu nennen. Diese Observanz kann sich zwischen den verschiedensten Körperschaften des privaten und des öffentlichen Rechtes bilden. Sie wirkt alsdann hier wie das geschriebene Recht, — sofern sich hier auch die Voraussetzungen einer gewohnheitsrechtlichen Bildung zeigen.[66]

Es kann somit im folgenden bezüglich der Erfordernisse von der Gleichbehandlung beider Begriffe ausgegangen werden. —

Die Voraussetzungen für die Bildung einer Observanz sind im wesentlichen:[67]

---

[63]) Beseler I, S. 96/99.
v. Kamptz-Genzmer OVG. Erg.-Band I, S. 287.
DJZ. 1900, S. 188; Aufsatz v. Schultzenstein.
RGE. Band 102, S. 12.
Gierke I, S. 171; § 20 I.

[64]) Dernburg I, S. 42.
Fleiner S. 83; § 5, 4.
RGE. Band 12, S. 292.

[65]) Sturm-1877, S. 17.

[66]) Windscheid S. 48/49.
Dernburg I S. 42.
Seuffert-Archiv Band 70, S. 103.
Gierke I, S. 171; § 120 V.
JW. 1927, S. 449, Nr. 6; Urt. vom 11. 1. 24; 129/23, VII, Kassel.
JW. 1912, S. 484; Nr. 31, Urteil v. 29. 1. 12; 235/11 IV, Breslau.

[67]) Sägmüller I, S. 112; § 24.

1. Das Dasein einer Gewohnheit (consuetudo);
2. Bestehen einer Volksgewohnheit (consuetudo facti), d. h. einer tatsächlichen Uebung innerhalb eines engeren Verbandes;
3. das Dasein einer Rechtsgewohnheit (consuetudo iuris);[68])

Der Begriff der Gewohnheit seinerseits erfordert:
a) eine Mehrheit von Handlungen;
b) Gleichartigkeit dieser Handlungen;
c) sich erstreckend auf lange Zeit,

ohne wesentliche Unterbrechungen.[69]) In der Summe dieser Handlungen — Gewohnheit —, kommt die Bildung und das Bestehen von „Gewohnheitsrecht = ius consuetudinarium = ius non scriptum“ zum Ausdruck.[70])

Ueber die Länge der erforderlichen Zeit hat stets Streit geherrscht. In älterer Zeit sahen Glossatoren und Postglossatoren in der Regel für die Zahl der notwendigen Uebungsakte mindestens zwei Handlungen als genügend an.[71]) Hinsichtlich der Zeitdauer hielten Glossatoren und Postglossatoren an der römisch-rechtlichen Zeit von 10 Jahren fest.[72]) „In welchem Zeitpunkt ein solches Gewohnheitsrecht als fertig gebildet anzusehen ist, darüber läßt sich allerdings mit Bestimmtheit nichts sagen.“[73]) — Gewisse landesrechtliche Ausdrücke wie „Rechtsverjährte Gewohnheit“, „seit rechtsverjährter Zeit“, „wohlhergebrachte Gewohnheit“[74]) erinnern an die „bisherige Gewohnheit“ von 10 Jahren des römischen Rechtes.[75])

In der neueren Zeit hat sich indessen die Ansicht durchgesetzt, daß von einem festbegrenzten Zeitraum für die Bildung einer Observanz keine Rdee sein kann. So bezeichnet es Jung zwar begrifflich und rechtstechnisch als einen

[68]) Sturm-1884; S. 18, VIII.
[69]) Schmidt-Adolf, S. 7.
Vgl. v. Kamptz-Genzmer OVG. II, S. 710, Anm. 5.
OVGE. Band 13, S. 296; Band 21, S. 208; Band 63, S. 354; Bd. 70, S. 282.
Hatschek S. 54 ff.; § 9, IV.
[70]) Koeniger S. 104 ff.; § 16a.
[71]) Brie S. 108; vgl. auch S. 143.
[72]) Brie S. 142/143.
[73]) Schmidt-Bruno S. 23.
[74]) §§ 113, II 7; 352, 366, II 11 A.L.R. Vgl. § 242, II 11 A.L.R.
[75]) Dernburg I, S. 40/41; § 21.
OVGE. Band 5, S. 159.

Fortschritt, die Entstehung von Gewohnheitsrecht an bestimmte Verjährungszeiten zu knüpfen; indessen sei es rechtspolitisch unangemessen. Jung führt als Beispiel an: „Wie willkürlich es wäre, wenn die positive Vertragsverletzung etwa gerade vom Jahre 1940 ab als zu Gewohnheitsrecht erwachsen anzusehen wäre.“[76]) Vielmehr hängt die Frage, welcher Zeitraum zur Begründung einer Observanz notwendig ist, von dem durch die Einzelheiten des konkreten Falles bestimmten richterlichen Ermessen ab.[77]) An dieser Auffassung ist denn auch festzuhalten; denn es ist örtlich wie sachlich zu verschieden, als daß man von vorne herein eine bestimmte Länge der Uebungszeit vorschreiben könnte. Dies umso weniger, als die Uebung im eigentlichen Sinne erst dann als „abgeschlossen“ angesehen werden kann, wenn die der Ueberzeugung lebenden Personen auch nach ihrer Ansicht die Observanz als gebildet ansehen. So kann es möglich sein, daß in einer bestimmten Umgebung eine übungsmäßige Fortführung selbst in 30—40 Jahren nicht entstehen kann, während in anderen Kreisen bereits 5—6 Jahre hierfür genügen. Wenn es sich allerdings um eine Steuerzahlung handelt, die gewöhnlich jährlich erfolgt, so muß man wohl eine Reihe von Jahren verlangen. Jellinek[78]) sagt mit Recht: „Observanz als örtliches Gewohnheitsrecht liegt eben dann vor, wenn der Richter überzeugt sein muß, daß mit der Anerkennung des gewohnheitsmäßig Geübten der Idee der Eindeutigkeit der Rechtsfindung besser gedient ist als mit der Ablehnung.“

Das Gewohnheitsrecht und damit die Observanz ist auch auf dem Gebiete des Kirchenrechts möglich. Denn die Kirche erweist dem „Alter“ und dem „Herkommen“ eine besondere Achtung.[79]) In der älteren Zeit hat in der Kirche we-

---

[76]) Jung S. 236.

[77]) OVGE. Band 5, S. 160.
OVGE. Band 67, S. 246. Band 21, S. 208.

[78]) Jellinek S. 117; § 7, III, 2.
In diesem Sinne auch: Haas S. 36/38; § 4.
Namentlich v. Kamptz-Genzmer, OVG. Erg.-Band II S. 300 (zu Anm. 2), wonach auch in der Rechtsprechung der Grundsatz besteht, daß für die Frage des Zeitraums für die Observanz-Bildung das richterliche Ermessen entscheiden soll. So ist bei alljährlich wenigstens einmal erfolgter Steuerheranziehung sowohl im Bereiche des gemeinen Rechts als auch des A.L.R. ein mehr als zehnjähriger Zeitraum für ausreichend gehalten worden.

[79]) Richter S. 277; § 84.

sentlich das Gewohnheitsrecht vorgeherrscht. Aber auch, nachdem eine Recht-festsetzende Gewalt den kirchlichen Organen zugewachsen und die Möglichkeit eines Gesetzesrechtes vorhanden war, hat das Gewohnheitsrecht seine Geltung als Rechtsquelle beibehalten. Dabei konnte der kirchliche, wie auch der staatliche Gesetzgeber die Geltung des Gewohnheitsrechtes verbieten. Da dies aber nicht geschehen, ist allgemein das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt geblieben.[80])

Allerdings sind die Voraussetzungen einer Observanz auf dem Gebiete des Kirchenrechtes erweitert. Zunächst ist festzustellen, daß m i n d e s t e n s die Erfordernisse für die Bildung einer gewohnheitsrechtlichen Norm im „weltlichen“ Recht auch im Kirchenrecht gegeben sein müssen, bevor man hier von einem Gewohnheitsrecht sprechen kann. Es liegt aber im Wesen des Kirchenrechts, daß noch andere Erfordernisse hinzutreten müssen. Hinschius faßt die weiteren Vorbedingungen kurz zusammen, wenn er sagt:[81]) „Die Gewohnheit darf dem göttlichen Recht nicht widerstreiten, sie muß weiter „rationabilis“, nicht im Widerspruch mit dem Wesen der Kirche, noch mit dem entsprechenden Rechtsinstitut und endlich auch „legitime praescripta“, — d. h. die Verjährungszeit —, geübt sein.“ So bestimmt der cod. iur. can. in den Inst. 1,2:

> „d i u t u r n i   m o r e s   c o n s e n s u   u t e n t i u m   c o m p r o b a t i   l e g e m   i m i t a n t u r.“

Danach sind die Erfordernisse für die Bildung eines Gewohnheitsrechtes: Bildung in einer kirchlichen Gemeinschaft, das Gewohnheitsrecht muß im Rahmen des göttlichen Rechtes bleiben, es muß während einer Verjährungszeit von 40 Jahren geübt und — wie das Gesetz — vernünftig

---

[80]) Friedberg S. 135; § 43, I.
Puchta II, S. 264 ff.
Hinschius in Birkmeyer S. 957; § 4, 3.
Meyer S. 255; § 102.
Kahl S. 129; § 10.
v. Schulte S. 413 ff.; § 118.
Zorn S. 434; § 27 II.
Haas S. 17; § 3.

[81]) Hinschius in Birkmeyer S. 957; § 4, 3.
Meyer S. 256; § 102.
Kahl S. 130/131; § 10.

sein. Hierbei ist eine Gewohnheit als unvernünftig bezeichnet, wenn sie gegen die guten Sitten, gegen wesentliche Grundsätze der Kirchenverfassung oder gegen den Geist der betr. kirchlichen Einrichtung verstößt.[82])

Hierbei spielt die „vigens et approbata disciplina ecclesiae" der römischen Kurie eine Rolle. Danach sollen die Observanzen der straffen kirchlichen Ordnung entsprechen. Es ist oben bei der Erörterung der Frage, ob eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung nicht mit der heutigen Kirchensteuergesetzgebung in Widerspruch kommen kann, eingehend davon die Rede gewesen, daß die Observanz auch mit dem Kirchenrecht in Einklang zu bringen ist. Es ist damit also auch die Frage bejaht, daß die erforderte „Rationabilität" und Widerspruchslosigkeit mit dem „Wesen der Kirche" vorhanden ist. Denn es liegt ja gerade im Sinne der Kirche, wenn ihre Mitglieder zu den Kirchensteuern herangezogen werden.

Ob sich eine Reallast durch Gewohnheitsrecht oder, — in einer engeren Gemeinschaft —, durch Observanz bilden kann, ist stets Gegenstand lebhaften Streites gewesen.

Eine Auffassung leugnet[83]) gänzlich das Gewohnheitsrecht als eine Quelle der Reallastbildung. Sie sagt, daß die Bildung der Reallasten nur noch durch Rechtsgeschäft geschehen könnte. Andere[84]) erwähnen das Gewohnheitsrecht als Begründungsmöglichkeit für die Reallasten gar nicht, sprechen vielmehr neben der Entstehung durch Gesetz und Vertrag (letztwillige Verfügung) lediglich von der „Ersitzung" der Reallasten. — Von dieser Erwerbsart wird später noch eingehend gesprochen werden. —

[82]) Vgl. Eichmann I, S. 56 ff.; § 17, II.

[83]) v. Gerber S. 279; § 170, Anm. 3. — Dieser gibt aber schließlich zu, daß „ein seit unvordenklicher Zeit (Herkommen) bestehender Quasibesitz der Berechtigung, eine Reallast zu fordern, geschützt wird." Vgl. namentlich S. 280/281 a. a. O.

[84]) Maurenbrecher S. 316; § 253, IV.
v. Roth III, S. 469; § 285.
Dernburg I, S. 781; § 307.
Förster-Eccius III, S. 421; § 188, III.

Anderseits spricht sich eine Anzahl von Schriftstellern **für** die Observanz als Entstehungsgrund der Reallasten aus.[85])

Wenn man das Wesen der Observanz erklärt und darunter das körperschaftliche Gewohnheitsrecht versteht, so ist diese Ansicht die richtige: Es soll ohne Vorhandensein eines Titels, als Quelle für die Berechtigung durch jahrelange Uebung soweit gekommen sein, daß sich in einer körperschaftlichen Gemeinschaft die Hergabe einer Leistung zwischen den Beteiligten als selbstverständlich erweist, derart, daß im Laufe der Jahre die anfängliche Veranlassung der Leistung im Bewußtsein der Beteiligten schwindet und an diese Stelle allmählich die Ueberzeugung von der rechtlichen Notwendigkeit tritt.[86]) Dieser Gedanke gewinnt an Bedeutung, wenn man erkennt, daß im alten Recht die Observanz die eigentliche Rechtsquelle war. Wie oben erwähnt wurde, war das Gewohnheitsrecht vor dem Bestehen der gesetzlichen Normen die Grundlage der Rechtsbildung. Wie damals eine über die Menschengeschlechter hinaus währende Uebung allmählich in einem späteren Geschlecht als Anhaltspunkt dafür betrachtet wurde, daß einmal eine Berechtigung oder Verpflichtung zur Leistung bestanden habe und die heute noch als fortbestehend angesehen und als rechtsgültig betrachtet werde, so hat die Gesetzgebung diesem Gedanken insoweit Rechnung getragen, als sie die Observanz in neuerer Zeit fortbestehen läßt. Um die einer neuzeitlicheren Rechtsauffassung widersprechende Unsicherheit im Rechtsleben aus der Welt zu schaffen, hat das BGB. die Observanz in seine Bestimmungen nicht mehr aufgenommen; es läßt aber die zur Zeit des Inkrafttretens auf diese Weise begründeten Rechte fortbestehen. Das A.L.R., das im vorliegenden Falle zur Anwendung kommt, läßt

---

[85]) Duncker S. 116/118; § 24.
Eichhorn S. 434; § 163.
Beseler I, S. 412; § 96, I b.
Friedlieb S. 258/259; § 66.
Mittermaier S. 553; § 196.
Stobbe II, S. 72 ff.; 140, I.
Die beiden letzteren betonen das GR. als Begründung von Reallasten, namentlich für die „ältere Zeit“.
Gierke II S. 720; § 149, I 1.

[86]) Vgl. Warneyer-Jahrbuch 1912, Nr. 23.
So auch v. Kamptz-Genzmer OVG. Erg.-Band I S. 246.

kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung die ununterbrochenen Gewohnheiten weiter in Geltung bleiben. Das Gesetz erkennt also selbst an, daß die Zeitströmungen bei seiner Entstehung nicht stark genug waren, um mit einem scharfen Trennungsstriche die Gewohnheiten auszurotten oder zu unterbinden! —

Einer solchen, mit der geschichtlichen Entwicklung verquickten Uebung entspricht es, wenn man die Observanz als Grundlage für die dingliche Belastung eines Grundstücks mit einer Reallast anerkennt. — Duncker[87]) geht sogar so weit, daß er sagt: „Es braucht nur auf die große Wichtigkeit hingewiesen zu werden, welche die Gewohnheit im älteren deutschen Recht hatte, um dieselbe als Hauptquelle der Reallasten zu erkennen." —

Aber auch diejenigen Schriftsteller, die neben dem Vertrag (letztwillige Verfügung), Gesetz und Ersitzung die Observanz als Begründung von Reallasten nicht erwähnen, lehnen darum eine gewohnheitsrechtliche Bildung nicht schlechthin ab. Ob dieses damit zusammenhängt, daß jene das Gewohnheitsrecht mit dem unvordenklichen Besitz verwechseln,[88]) mag dahingestellt bleiben; jedenfalls verneinen sie die Observanz in diesem Sinne nicht. Es kann hier freilich zugestanden werden, daß durch die Zulassung der Observanz eine gewisse Unsicherheit im Rechtsverkehr entsteht, aber nur insoweit, als von vornherein nicht mit Bestimmtheit erklärt werden kann, in welcher Zeit eine Observanz als abgeschlossen, mithin als gebildet anzusehen ist. Diesen Gedanken vorübergehender Rechtsunsicherheit hat die neuzeitliche Gesetzgebung ja auch aufgegriffen und die Bildung, also den Beginn völliger Neuerstehung von Observanzen, — wenigstens für das Zivilrecht —, abgelehnt. Indessen darf eine derartige Auffassung nicht dazu führen, die bereits gebildeten Observanzen, die also eine, freilich örtlich verschieden zu bemessende Zeitfolge durchgemacht haben, vom Standpunkt des rückwärts schauenden Betrachters aus abzulehnen, also für unzulässig zu erklären. Erst eine solche Beweisführung würde die eingangs dieser Betrachtung erwähnte Rechtsunsicherheit herbeiführen. Man stelle sich vor: Ueber Menschengeschlechter hin sind aus einem Grundstück bestimmte Leistungen zu be-

[87]) Duncker S. 118; § 24.
[88]) Dies vermutet v. Gerber S. 279; § 170, Anm. 3.

stimmten Zwecken erbracht worden, — jahrzehntelang war man der Auffassung, daß irgend eine Grundlage für diesen Zustand bestanden hat —, und jetzt soll das Rechtsverhältnis eine Klärung erfahren, man will einen Titel erlangen, um Klarheit zu bekommen. Nun soll plötzlich die lange Zeit hindurch gewohnheitsmäßig erbrachte Leistung enden, obwohl Verpflichteter und vor allem Berechtigter mit dem Gefühl der aus der gewohnheitsmäßigen Uebung heraus geborenen Selbstverständlichkeit die Leistung erbracht und hingenommen haben. Dort, wo die Beteiligten selbst eine Observanz angenommen haben, soll sie jetzt verneint werden? — Es kommt noch folgende logische Betrachtung hinzu: Zu Beginn der später als „Observanz" gekennzeichneten Zeit wurde die erste Leistung erbracht. Irgend eine Rechtsgrundlage muß normalerweise bestanden haben. Nahe liegt die Annahme eines Vertrages. Es ist nun das Wesen der Observanz, daß sie einen bis heute nicht mehr erkennbaren Titel selbst schaffen soll. Wenn also zu Beginn der „Observanzzeit" ein Grundstückseigentümer einem Dritten eine Leistung erbringt, so haben beide damit zum mindesten einen stillschweigenden Vertrag geschlossen. (Anbieten der Leistung und deren Annahme!) Vielleicht hat die Pietät die nähere Bestimmung der Grundlage verabsäumt. Das nächste Mal geschah dasselbe; beim dritten Male ebenso! Usw. Wenn nun noch hinzukommt, daß bei einem Wechsel des Grundstückseigentümers der Nachfolger die Leistung fortsetzt, was liegt da näher, als die Fortführung dieser Vorgänge als Observanz anzusehen und zum Schutze des Berechtigten anzunehmen, daß durch jahrelange Uebung für ihn die Berechtigung anerkannt wird, weiterhin diese Leistung zu fordern![89])

Renaud[90]) will hier einen Unterschied zwischen der Observanz als Erkennungszeichen und als Entstehungsgrund dieses Rechtes machen, wobei er für den letzteren das Gewohnheitsrecht leugnet. Diese Unterscheidung ist nur so aufzufassen: Vom Standpunkt desjenigen, der über die Bildung einer Observanz zu entscheiden hat, ist die Observanz als eine Andeutung für den Willen der Beteiligten zu verstehen, ihre Uebung als fortgesetzte Gewohnheit anzusehen. Das Gewohnheitsrecht er-

[89]) RGE. Band 11, S. 212/214.
[90]) Renaud, S. 75; § 28.

fordert dagegen als Entstehungsgrund bereits zu Beginn der „Zeitperiode“ eine gewisse Uebung, um darauf aufbauend erst eine Gewohnheit entstehen zu lassen. — Praktisch bedeutet diese Unterscheidung gar nichts, denn ob die Observanz als Erkennungszeichen oder „nur“ als Entstehungsgrund aufgefaßt wird, immer ist in der jahrelangen Uebung beides enthalten: Die Dauer deutet auf die Bildung einer Observanz hin (Erkennungszeichen), und am Beginn dieser Zeitdauer liegt die erste Verankerung für die später als „Observanz“ bezeichnete Rechtslage (Entstehungsgrund). —

Wenn nun, wie oben festgestellt ist, durch Observanz eine Reallast entstehen kann, so ist noch ein vielfach beobachtetes Bedenken zu zerstreuen: Eine Observanz könne sich nicht zwischen zwei Einzelpersonen bilden.[91])

Zunächst ist zu bemerken, daß sich bei der Geltendmachung einer Observanz begrifflich stets zwei Parteien gegenüberstehen müssen: Eine klagende und eine beklagte Partei. Also stünde dieser Auffassung, — rein äußerlich betrachtet —, nichts entgegen. Indessen ist auch der innere Grund nicht einleuchtend: Es sollen nicht zwei Personen, die allein durch das Prozeßverhältnis miteinander verbunden sind, eine jahrelange Uebung ohne nachweislichen Rechtstitel als eine „Observanz“ behaupten, ohne daß diese Parteien eine innere Gemeinschaft bilden. Dem ist entgegenzuhalten: Eine Kirchengemeinde kann gegen ihren Patron auf Leistung seiner Abgaben klagen, die durch Gewohnheitsrecht zu seiner Verpflichtung geworden sind. So läßt ja auch der § 710, II. 11 A.L.R. kraft positiver Gesetzesbestimmung ununterbrochene Gewohnheiten als Gegenstand eines Rechtstitels zu. Wenn nun ein Grundbesitzer, der nicht Patron ist, aber jahrzehntelang der Kirchengemeinde eine Leistung erbringt, — mag sie auch aus wohltätigen oder pietätvollen Rücksichten erfolgt sein —, so ist nicht einzusehen, weshalb bei den nicht durch eine innere Gemeinschaft verbundenen Personen eine solche Gepflogenheit nicht zur Grundlage einer Observanz werden kann! Denn, wenn eine Observanz bei einem Patron zugelassen ist, so muß sie auch bei demjenigen angenommen werden können, der auf Grund der örtlichen Zugehörigkeit seines

[91]) Striethorst Band 12, S. 129.
Striethorst Band 56, S. 170.

Grundstücks zur Kirchengemeinde auch schon hierdurch zu der Gemeinde in besondere Beziehungen getreten ist. So betont auch eine Entscheidung des Obertribunals,[92]) daß in Betreff der in einem Kirchspiel wohnhaften Personen und der Forensen dieses Distriktes ein gemeinschaftliches Verhältnis zur Parochialkirche nicht zu vermissen sei, zumal auch die Verwalter des Gutes ein Interesse an der Erhaltung der Gemeinschaft haben. Beide sind als eine, durch einen gemeinschaftlichen Zustand zusammengehaltene Klasse oder als ein Inbegriff von Personen anzusehen, die hinsichtlich ihrer gemeinschaftlichen Angelegenheiten untereinander verpflichtet werden können.[93]) Es liegt aber nicht der Fall vor, daß sich einzelne Personen außerhalb eines bestimmten Verbandes als Rechtssubjekte gegenüberstehen. Der kirchliche Verband ist eine derartige, durch gemeinschaftliche Zustände hervorgerufene Verbindung. Dieser Verband kann die Personen seiner Gemeinschaft durch Observanz binden, selbst, wenn diese Gemeinschaft nur durch die Lage und das Eigentum von Grundstücken vermittelt wird.[94]) —

Nahe verwandt mit der Observanz ist die erwerbende Ersitzung. Diese ist eine Unterart der Verjährung i. w. S., die bald eine e r w e r b e n d e, bald eine b e f e st i g e n d e, bald eine b e f r e i e n d e Ersitzung sein kann. Observanz und erwerbende Ersitzung haben manches gemeinsam: Sie entstehen erst nach einer gewissen Dauer und in dieser Zeit

---

[92]) Striethorst Band 41, S. 141.
RGE. Band 25, S. 317. Vgl. Striethorst Bd. 91, S. 120 ff.
OTribE. Band 45, S. 292 ff.
OVGE. Band 12, S. 274.
Förster-Eccius I, § 16.
Striethorst Band 27, S. 31; Band 61, S. 147.
OVGE. Band 31, S. 196; Band 33, S. 300.
Gruchot-Beiträge, Band 31, S. 889.
Striethorst Band 81, S. 179.

[93]) Vgl. OVGE. Band 12, S. 260. Danach kann von einer Observanz zwischen der Gemeinde und dem Gutsherrn gesprochen werden, wenn zwischen den Beteiligten eine Gemeinschaft rechtlicher und tatsächlicher Art bestanden hat. Auf der Grundlage dieser Gemeinschaft kann sich eine Observanz sehr wohl bilden.

[94]) Striethorst Band 41, S. 143; Band 61, S. 147.
Vgl. auch Band 56, S. 170.
Seufferts Archiv, Band I, S. 5.
Vgl. v. Kamptz-Genzmer, OVG. Erg.-Band II, S. 364/365.

müssen die später zur Observanz oder erwerbenden Ersitzung führenden Handlungen ausgeübt sein. Für beide Rechtsverhältnisse fehlt der Titel, auf dessen Grundlage sich das Recht aufbauen soll. Während aber die Observanz objektives Recht schafft, gestaltet die erwerbende Ersitzung (im folgenden kurz „Ersitzung“ genannt) individuelle Rechtsverhältnisse als Grundlage subjektiver Rechte.[95])

Die Römer kannten keine Bezeichnung, die alle Verjährungsarten umfaßte. Der Ausdruck „usucapio“ bedeutete hauptsächlich die Erwerbung des Eigentums und kam außerdem bloß bei der „libertatis usucapio“, als aufhebende Verjährung, vor. Hingegen bezeichnet die „praescriptio“ an und für sich die Verjährung. So die „praescriptio acquisitiva, extinctiva und constitutiva“.[96])

Die „erwerbende“ Verjährung ist, soweit sie nicht als rechtsbegründend bei der an bestimmte Fristen geknüpfte Ersitzung von Herrschaftsrechten ist, ein langjähriges, nicht an bestimmte Fristen geknüpftes Bestehen eines tatsächlichen Zustandes. Dieser begründet die Vermutung der Rechtsmäßigkeit. (Z. B. die Ausübung einer Grunddienstbarkeit läßt die rechtsgeschäftliche Bestellung vermuten.) Eine solche Vermutung erspart dem angeblich Berechtigten den Beweis der Bestellung.[97])

Von der „praescriptio acquisitiva“ wird im folgenden die Rede sein, da durch die erwerbende Ersitzung eine Reallast als dingliche Belastung begründet werden soll. —

Das Gesetz selbst läßt die Ersitzung grundsätzlich zu, indem es sagt,[98]) daß durch die Ersitzung (Verjährung) sowohl Rechte, die jemand gehabt hat, verloren, als neue Rechte erworben werden können.

Nach §§ 501, 503, 579 I., 9 A.L.R. erstreckt sich die erwerbende Ersitzung auf Rechte jeder Art, an denen Besitz möglich ist. Diese Möglichkeit besteht nach §§ 5, 79 und

---

[95]) Rehbein I, S. 84; Anm. 6.
Vgl. Stahl II, S. 279; § 32.
Vgl. Beseler I, S. 96 ff.; § 33.

[96]) Vgl. Unterholzner I, S. 6 ff.; § 2.
Enneccerus I S. 210; II, 3 S. 590 ff.
Vgl. auch Heydemann S. 79 ff.
Siber S. 19; § 37 2 a und b.

[97]) Siber S. 19; § 37, 2 a und b.

[98]) § 501 I, 9 A.L.R.

80, I., 7 A.L.R. bei allen Rechtsverhältnissen, aus denen nicht eine einzelne Leistung hervorgeht, so daß von einer tatsächlichen Ausübung des Rechtes als eines dauernden gesprochen werden kann.[99]) —

Gemäß § 6 des Reallastenablösungsgesetzes vom 2. III. 1850[100]) sind von der Ablösbarkeit ausgeschlossen alle öffentlichen Lasten, Gemeindelasten und Gemeindeabgaben, ferner die Abgaben und Leistungen zur Erbauung und Unterhaltung von Kirchen-, Pfarr- und Schul-Gebäuden. Da die Kirchspielsteuer auch der Gebäudeunterhaltung dient, wenn auch nicht ausschließlich, unterliegt sie nach diesem Gesetze nicht der Ablösung. —

Im Schrifttum ist durchweg die Auffassung vertreten, daß die erwerbende Ersitzung grundsätzlich für die Begründung von Reallastberechtigungen zugelassen ist, wenngleich die meisten Schriftsteller in ihrer Ansicht über die Art der Ersitzung auseinandergehen.[101])

Dem deutschen Recht war eine Ersitzung von Reallasten unbekannt. Ein Erwerbsgrund war nur durch die Unvordenklichkeit gegeben. Nach der Rezeption wurden vielfach die Regeln über die Servitutenersitzung auf Reallasten angewandt. Nachdem im gemeinen Recht die Frage nach der Zulässigkeit der Reallastersitzung streitig geblieben war, setzte sich zuletzt die Meinung durch, daß die außerordentliche Ersitzung Platz greife.[102]) Heute noch ist die Frage sehr umstritten.

Die eine Meinung erklärt eine Neubegründung durch Ersitzung zu unzulässig und erkennt nur den Schutz eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden „Quasibesitzes" an.[103]) Diese eine Meinung stützt sich namentlich darauf,

---

[99]) Vgl. „Juristische Rundschau — Höchstrichterliche Rechtsprechung" 1928; Nr. 1848.

[100]) Gesetzsammlung S. 82.

[101]) Vgl. Roth III, S. 471; § 285, 3.

[102]) Gierke II S. 721/722; § 149, I, 3.

[103]) Friedlieb S. 257/258; § 66.
Mittermaier I, S. 555; § 196.
Beide halten die Entstehung von Reallasten durch Acquisitivverjährung an sich für möglich, lehnen sie dennoch ab, weil das gemeine Recht keine Bestimmungen darüber enthält.
Gengler S. 279/280; § 78, 4.
v. Gerber S. 280; § 170, Anm. 8.
Beseler I S. 412; § 96, I, c.
Stobbe II, S. 232; § 103, 3.

daß es an jeder normativen Bestimmung und auch an der Möglichkeit der Analogie aus dem römischen Recht für die Gültigkeit einer solchen Entstehungsweise der Reallasten fehlt. Indessen wird auch hier angenommen, daß im Falle besonderer landesgesetzlicher Zulassung und Regelung der erwerbenden Ersitzung einer Reallastenberechtigung nichts im Wege steht. —

Die andere Ansicht[104]) erklärt die erwerbende Ersitzung als Begründungsart der Reallasten für zulässig, indem sie entweder die ordentliche oder die außerordentliche Ersitzung für anwendbar hält, oder einen Besitzschutz durch Verjährung der „actio negatoria" annimmt. Diese letzte Ansicht geht davon aus, daß jemand 30 oder 40 Jahre hindurch ununterbrochen im Besitze einer Realberechtigung gewesen ist; dann hat der Verpflichtete, — Eigentümer —, sein mittels der „actio negatoria" geltend zu machendes Widerspruchsrecht verloren. Denn diese Klage ist in dem Augenblick begründet, wo die erste Leistung eingezogen wurde. Mit jeder erneuten Anforderung wird aber nicht auch eine neue „actio negatoria" gegeben, denn hierin liegt nicht etwa eine neue Anmaßung, sondern nur eine Fortsetzung der ersten Anmaßung der Leistung.[105])

Diese Ansicht kommt, — freilich auf einem Umwege —, ebenfalls zu dem Ergebnis, daß nach einer Reihe von Jahren sich für den erstmalig Anfordernden zu Lasten des erstmalig Leistenden eine Verpflichtung ergeben kann, die später anstelle eines Titels dem „Berechtigten" gestattet, auch weiterhin die ursprüngliche Leistung anzufordern.

Diejenigen Schriftsteller, die aber lediglich eine unvordenkliche Verjährung annehmen wollen, kommen zu einem ähnlichen praktischen Ergebnis wie die Anhänger der Lehre von der Ersitzbarkeit der Reallast. Auch hier ist eine längere Zeit erforderlich, in der sich das Recht bilden kann und soll.

Im deutschen Recht wurde vielfach infolge der mangelhaften Scheidung von subjektivem und objektivem Rechte

---

[104]) Dernburg I, S. 782; § 307, 3.
Eichhorn S. 434/436; § 163, der als Verjährungszeit 30 Jahre annimmt.
Förster-Eccius III, S. 421; § 188, der eine Ersitzung nur annimmt, sofern die Reallast lediglich einen privatrechtlichen Charakter hat.

[105]) Duncker, S. 145; § 29.

die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrechte verwechselt. Wohl waren Grundlagen der Unvordenklichkeit schon im römischen Rechte gegeben, wie es sich in der Bezeichnung „vetustas" zeigt. Allmählich entstand ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut, dessen Wesen in einer Rechtsvermutung lag: Ein seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtsverhältnisses bestehender Zustand ist zu irgend einer Zeit rechtmäßig begründet worden. Bis zum Gegenbeweise wird angenommen, daß ein ausreichender Entstehungsgrund vorhanden war, der mit der Zeit mehr und mehr in den Hintergrund getreten ist.

In älteren Theorien wurde die Unvordenklichkeit als eine Art der Verjährung aufgefaßt; sie sollte also ein bisher nicht vorhandenes Rechtsverhältnis zur Entstehung bringen.[106])

Insoweit ist die „Immemorialverjährung" der Ersitzung nahe verwandt; jene erscheint als Surrogat, als Aushilfe für solche Fälle, in denen die Ersitzung für die Begründung irgend eines Rechtes nicht ausreicht.[107]) —

Das A.L.R. erwähnt die „unvordenkliche" Verjährung nicht. Und nach der Ansicht derjenigen Vertreter, die zwar die „Immemorialverjährung" von Reallasten für statthaft erklären, die erwerbende Ersitzung von Reallasten aber deshalb nicht annehmen, weil das Gesetz sie nicht erwähnt, müßte logischerweise auch die unvordenkliche Verjährung abzulehnen sein, weil das A.L.R. sie nicht kennt. Allerdings enthält dieses einige Bestimmungen, die Verjährungen in ungewöhnlich langer Zeit vorschreiben. So soll Steuerfreiheit nach 50 Jahren die Vermutung eines rechtsmäßigen Erwerbes erzeugen.[108]) Ebenso der Besitz des Adels, wenn dieser entweder im Jahre 1740 bestanden oder durch einen Zeitraum von 44 Jahren fortgedauert hat.[109])[110])

Da aber die Begründung, daß das gemeine Recht die Reallast-Ersitzung unerwähnt läßt, zur tatsächlichen Ablehnung der Ersitzung nicht ausreichen kann, ist kein Grund gegeben, die Begründung von Reallasten auf dem Wege der

---

106) Gierke I S. 313/315; § 35, IV 1 und 2.
107) Savigny-System IV, S. 480 ff.; § 195.
108) §§ 655—659 I; 9 A.L.R.
109) §§ 18, 19 II, 9 A.L.R.
110) Savigny-System IV, S. 312; § 178.

erwerbenden Ersitzung völlig abzulehnen. Es kommt hinzu, daß das A.L.R. sich durchaus damit einverstanden erklärt, daß jemand ein „Recht aus einem Titel, der an sich zur Erlangung des Eigentums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist, ruhig und redlicher Weise besessen hat.“[111])

Im vorliegenden Falle liegt jedoch kein Titel vor, und es greift hier die Vorschrift des § 625 I., 9 A.L.R. Platz, die besagt, daß zu Gunsten dessen, der zwar „vollständiger und redlicher Besitzer ist, aber keinen Titel seines Besitzes nachweisen kann, die Verjährung erst in 30 Jahren vollendet wird“. Somit erkennt das A.L.R. in positiver Bestimmung an, daß Rechte, also auch Reallasten, in 30 Jahren durch Ersitzung erworben werden können.

Diese Frist beginnt, auch wenn die Leistung alljährlich „postnumerando“ abgeführt wird, nicht mit dem Anfang jedes Jahres, für das sie zuerst abgegeben worden ist, sondern mit dem Tage der ersten wirklichen Entrichtung, und wird mit dem Tage vollendet, an dem die Entrichtung der Abgabe nach Ablauf des 30. Jahres für dasselbe bewirkt worden ist.[112])

Zu der 30jährigen Ersitzungszeit gesellt sich aber noch ein weiteres Erfordernis. Das Recht, das gewöhnlich ausgeübt werden kann, muß jährlich mindestens einmal ausgeübt sein,[113]) andernfalls ruht die Verjährung inzwischen.[114]) Nach § 649 I., 9 A.L.R. wird eine 40jährige Ersitzungszeit für diejenigen Rechte gefordert, die nicht alljährlich oder gewöhnlich, sondern nur in gewissen Jahren oder bei gewissen Gelegenheiten benutzt werden können.

Wenn zwar die Höhe der Reallast, — errechnet aus den, den jeweiligen Bedürfnissen entsprechenden Kirchspielsteuer-Umlagen —, nicht einen gleichbleibenden Betrag erreicht und daher auch nicht von vornherein bestimmt ist, so schließt dies dennoch keineswegs die Annahme der 30jährigen Verjährungsfrist aus. Schließlich heißt „bei gewöhnlichen Gelegenheiten“ doch nur soviel, daß im Falle des Bedürfnisses eine Leistung angefordert werden kann; hier ist das Bedürfnis bereits vorhanden, und nur die Höhe ist be-

---

[111]) § 579 I, 9 A.L.R.
[112]) Vgl. v. Rönne I, S. 661, 662; § 625, 3.
[113]) §§ 596, 597 I; 9 A.L.R.
[114]) Vgl. v. Rönne I, S. 655/656; §§ 596, 597.

stimmt durch den jeweiligen Stand der geldlichen Verhältnisse der Kirchengemeinde. So ist eine 40jährige Frist für den Fall angenommen worden, daß beim Zerfall eines Weges oder beim Verfall eines Zaunes ein Beitrag zur Aufbesserung dieser Einrichtungen angefordert werden konnte.[115]) In dem Falle liegt also eine reine Bedingung vor: Wenn der Zaun oder Weg erneuerungsbedürftig wird, muß eine Beisteuerung erfolgen. Anders bei der Kirchspielsteuer: Hier ist das Bedürfnis eben stets gegeben, und nur die Bestimmung der Höhe ist abhängig von den äußeren Verhältnissen. Der Grundgedanke ist der:[116]) Wenn es gänzlich in der Willkür des Berechtigten liegt, oder die Ausübung nur bei Gelegenheiten, die unabhängig von dem Willen des Berechtigten eintreten, geschehen darf, dann soll sich erst in der längeren Zeitspanne von 40 Jahren zeigen, ob nach der allgemeinen Rechtsauffassung dem Rechtsempfinden während dieser 40 Jahre Genüge getan ist. —

Dabei ist aber der Rahmen nicht zu eng zu ziehen: Ist etwa in einem Jahre die Erhebung der Kirchspielsteuer unterlassen worden, weil die Kosten des Erhebungsverfahrens nicht im rechten Verhältnis zu der Höhe der in diesem Falle zu erhebenden Umlage standen oder stehen, so ist damit „das Recht in einem ganzen Jahre" noch nicht unausgeübt geblieben. Denn das Bedürfnis ist bereits entstanden, und nur die verwaltungstechnischen Erhebungsformen lassen eine gemeinsame Beitreibung für 2 Jahre zusammen angezeigt erscheinen. Das Wesentliche liegt darin, daß das Recht ausgeübt wurde; wann dieses aber geschehen ist, ist belanglos.

Damit ist festgestellt, daß durch Observanz oder durch erwerbende Ersitzung eine Reallast begründet werden kann, derart, daß der jeweilige Eigentümer eines Grundstücks der Kirchengemeinde gegenüber verpflichtet ist, weiterhin zu den Kirchspielsteuern beizutragen, freilich nur zu jenen Kirchspielsteuern, die, wie weiter oben*) ausgeführt, vor Mitte des vorigen Jahrhunderts begründet worden sind. Es ist aber erläutert worden, daß für die Bildung einer Observanz eine bestimmte Zeit nicht verlangt werden kann, daß es vielmehr wegen der örtlich verschiedenen Auf-

---

115) Vgl. v. Rönne I, S. 66.
116) Vgl. v. Rönne I, S. 667; § 649, 1.
*) S. 9/10 dieser Arbeit!

fassungen dem erkennenden Richter überlassen werden muß, ob mit der Annahme einer Observanz „der Idee der Eindeutigkeit der Rechtsfindung mehr gedient ist als mit der Ablehnung".

Für die erwerbende Ersitzung ist die gesetzlich bestimmte Zeit von 30 Jahren erörtert. —

Im folgenden wird zu der Frage einer öffentlich-rechtlichen oder privat-rechtlichen Belastung Stellung genommen. —

Das gesamte Rechtssystem scheidet sich heute in die beiden Hauptgebiete: Das Privatrecht und das öffentliche Recht.[117])

Diese Scheidung entstammt dem römischen Recht. Nach römischer Auffassung deckte sich das jus privatum mit dem Individualrecht, — dem Recht der unverbundenen, auf dem Boden der Gleichordnung einander gegenübertretenden Einzelmenschen —, das jus publikum mit dem Sozialrecht, d. i. dem Recht der Verbindung der Einzelmenschen zu Gesellschaftswesen auf dem Boden der Ueber- und Unterordnung. Da in Rom aber die Gesellschaft im Rechtssinne dem Staate gleichsteht, gibt es hier kein Privatrecht, das nicht Individualrecht, und kein Sozialrecht, das nicht Staatsrecht wäre.

Dem älteren germanischen Recht war die Scheidung von öffentlichem und Privatrecht unbekannt, beide Rechtszweige waren unlöslich miteinander vermischt. Erst in der Neuzeit ist die Sonderung von öffentlichem Recht und Privatrecht auch bei uns durchgedrungen, fällt hier aber nicht wie in Rom mit dem Gegensatz von Individual- und Sozialrecht zusammen.

Nach Gierke ist heute „Privatrecht alles Individualrecht und außerdem dasjenige Sozialrecht, das nicht durch einen staatsrechtlichen Satz dem öffentlichen Rechte einverleibt ist; somit auch das Familienrecht, das Gesellschafts-

---

[117]) Stahl S. 300 ff.; § 45.
Jellinek S. 43; § 3 IV, 1.
Wach S. 86; § 8 V.
Regelsberger S. 195; § 49 b.
Gierke I S. 26/27; § 4 I.
Enneccerus S. 71; § 31, I.

recht und das Körperschaftsrecht. — Oeffentliches Recht ist alles Staatsrecht, d. h. alles Recht, das den Staat als Ganzes und die einzelnen Menschen, sowie die übrigen Verbände als Staatsglieder betrifft, und außerdem das Sozialrecht, welches wegen der Beschaffenheit der von ihm geordneten Gemeinschaft als öffentlich anerkannt ist, somit auch das Kirchenrecht, das Recht der öffentlichen Genossenschaften und das Völkerrecht".[118])

Die Grenzen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht sind flüssig und haben sich namentlich seit der Mitte des 19. Jahrhunderts nicht unerheblich verschoben. Im einzelnen sind sie teilweise durch positive Vorschriften festgelegt. Soweit dies nicht geschehen ist und in einem gegebenen Falle auch eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung über Gerichtszuständigkeit fehlt, hängt die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Rechtsweges von der privat- oder öffentlich-rechtlichen Natur der für das streitige Rechtsverhältnis maßgebenden Rechtssätze ab.[119])

Die Persönlichkeit der am Streite beteiligten Parteien ist für die Zuständigkeitsfrage belanglos.[120])

Entscheidend für diese Frage ist vielmehr, von welchem Gebiete des Rechts das den Gegenstand der behördlichen Tätigkeit bildende Lebensverhältnis beherrscht wird.[121])

Es bedarf zur Erörterung dieser Frage eines Eingehens auf den § 13 GVG. Danach können die ordentlichen Gerichte Entscheidungen in der S a c h e treffen, in allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für die nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist, oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.

---

[118]) Gierke I S. 26/27; § 4, I.

[119]) Gierke I S. 31.

[120]) Sarwey S. 298; § 17.
Prazàk im A.f.ö.R. Band 4, S. 306.
Besonders ausgesprochen ist dieser Grundsatz im § 4 des EGZPO., nach dem für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, für die nach dem Gegenstand und der Art des Anspruchs der Rechtsweg zulässig ist, dieser aus dem Grunde von der Landesgesetzgebung nicht ausgeschlossen werden darf, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Körperschaft beteiligt ist. —

[121]) Prazàk im A.f.ö.R. Band 4, S. 273/274.
Uebel, in Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Band 1, S. 375.

Der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ ist gesetzlich nicht festgelegt. Die Motive[122]) zum GVG. sagen, daß dieser Begriff als ein gegebener vorauszusetzen war, weil er ungeachtet seiner Verschiedenheit in den verschiedenen Gebieten des deutschen Reiches, überall gesetzlich, — sei es in geschriebenem oder ungeschriebenem Rechte —, bestimmt ist.

Die erste Kommission für den Entwurf der ZPO. wollte den Begriff „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ eindeutig bestimmen, da dieser Begriff als etwas Gegebenes in einer für eine größere Anzahl von Staaten, deren Auffassung über den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ völlig verschieden sei, nicht vorausgesetzt werden könnte. Hierauf wurde aber entgegnet, daß dieser Begriff ein „doktrineller“, durch die Wissenschaft festgestellter sei, und er könne daher mit Recht als ein gegebener vorausgesetzt werden.[123]) Und so ist denn auch eine nähere Bestimmung des Begriffs „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ unterblieben.

Für die Bestimmung einer Sache als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ sind in erster Linie Reichsgesetze, in zweiter Linie aber die Landesgesetze des einzelnen Staates maßgebend,[124]) wie umgekehrt eine Reihe von „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“, deren Verhandlung und Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen vor die ordentlichen Gerichte gehören, mit Rücksicht auf ihre besondere Natur besonders zusammengesetzten Behörden zugewiesen sind: So zum Beispiel die Seemannsangelegenheiten vor den Seemannsämtern.[125])

Entscheidend ist also die Natur des Anspruchs.[126])

Wie schon in der Einleitung erwähnt, bestanden seit alters her zwischen dem Grafen von L. in der Kirchen-

---

122) Hahn S. 48.
123) Vgl. Hannoversche Protokolle, Band II, S. 343 ff.
Uebel a. a. O. S. 369.
Hahn I, 1, S. 672 ff.
Hüppner, a. a. O. S. 436/437.
124) v. Sarwey S. 289, § 14.
125) Vgl. Hahn I, 1, S. 47/48.
Vgl. v. Brauchitsch S. 12, Note 3.
126) Da es hier namentlich auf die Rechtsbeziehungen der sich als streitende Teile gegenüberstehenden Parteien ankommt, muß hier ausnahmsweise auf den vorliegenden Fall zurückgegriffen werden, damit die dargelegte Auffassung im folgenden verständlich erscheint.

gemeinde in B. Rechtsbeziehungen besonderer Art. So zum Beispiel hatten die Grafen ein Vorschlagsrecht bei der Besetzung der Stellen an der Kuriat-Vikarie St. Nicolai zu B., ein Erbbegräbnis und bevorzugte Stühle in der Kirche. Die Grafen sind niemals Patrone der Kirche in B. gewesen, aber schließlich sind derartige Besonderheiten, wie sie die Grafen von L. in ihrem Verhältnis zur Kirchengemeinde in B. einnehmen, patronatsähnlich und müßten zum mindesten dem Patronat entsprechend zu behandeln sein.

Kraft positiver Gesetzesvorschrift hat in Patronatsangelegenheiten der ordentliche (weltliche) Richter zu entscheiden. (§§ 362, 364, 577, II., 11 A.L.R.) Die Folgerungen des Reichsgerichts,[127]) daß das, was von einem Patronatsrecht gelte, auch naturgemäß von einem Teilrecht desselben zu gelten habe, ist richtig. Hier handelt es sich aber um ein dem Patronatsrecht ähnliches Recht, und die Ausdehnung der angeführten §§ auf das vorliegende Gebiet würde ein Sprung über zwei Berge bedeuten. Die angezogenen Bestimmungen sind im vorliegenden Falle nicht anwendbar. Sie deuten aber darauf hin, daß das Patronatsrecht öffentlich-rechtlicher Art[128]) ist, denn sonst würden wahrscheinlich diese Bestimmungen, die gewisse Patronatsangelegenheiten vor den ordentlichen (weltlichen) Richter bringen, überflüssig sein.

Zwar ist mit dieser gesetzlichen Bestimmung nicht schon die öffentlich-rechtliche Natur des Patronats dargetan, weil eine solche Vorschrift lediglich zur Behebung eines Zweifels erlassen sein kann. Aber im Hinblick auf die mit dem Patronat verbundene Sonderstellung des Patrons (Vorschlagsrecht bei der Pfarrerwahl; Berechtigung, einen Vertreter in den Kirchenvorstand zu entsenden usw.) kommt die öffentlich-rechtliche Natur des Patronats deutlich zum Ausdruck. So hat auch das Reichsgericht wiederholt[129]) das Patronatsrecht als „ein innerhalb der kirchlichen Sphäre liegendes Individualrecht kirchlich öffentlich-rechtlicher Natur“ bezeichnet. —

---

[127]) RGE. Band 63, S. 21.
[128]) v. Kamptz-Genzmer OVGE. Band II S. 772, Anm. 3.
[129]) RGE. Band 63, S. 23.
RGE. Band 15, S. 171/172.
RGE. Band 25, S. 304.

Und in der Tat gehört das Patronatsrecht dem öffentlichen Rechte an; denn die Natur des Patronats, das besondere Beziehungen zwischen Kirche und Patron schafft, erfordert es, diese Angelegenheiten aus dem Geltungsbereiche des Privatrechts herauszuheben. Da es Inhalt des Patronats ist, daß besondere Beziehungen zwischen Träger und Kirche geschaffen werden, so sind die Beziehungen, wie sie in B. zwischen der Kirchengemeinde und den Grafen von L. bestanden haben, vergleichsweise heranzuziehen. Bevorzugte Stühle, Erbbegräbnis und das Vorschlagsrecht bei der Besetzung der Stellen an der Kuriat-Vikarie St. Nicolai zu B. sind die Anzeichen eines Patronats, und wenn es nicht ausdrücklich anerkannt wäre, daß die Grafen niemals Kirchenpatrone gewesen sind, würde man zur Annahme eines Patronatsverhältnisses geneigt sein. Die engen Beziehungen zwischen den Grafen und der Kirche lassen in ihren Auswirkungen eine patronatsähnliche Behandlung zu, so daß man nicht fehlgeht, auch hier die Rechtsbeziehungen zwischen den Grafen und der Kirche als patronatsähnlich dem öffentlichen Recht zu überweisen.

Freilich würde die Geltendmachung einer Reallast allein die Ueberführung in das öffentliche Recht nicht bedingen, denn die Reallast als solche gehört, — wie oben dargelegt wurde —, dem privaten und öffentlichen Rechte an. Da aber die Natur des Anspruchs auf Rechtsbeziehungen zurückgeht, die im öffentlichen Recht begründet liegen, ist die Reallast hier im Zusammenhang mit diesen Rechtsbeziehungen als eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung aufzufassen. —

Der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ deckt sich aber nicht mit dem Begriffe der „zivilrechtlichen Streitigkeit“ und schließt schlechthin nicht solche Ansprüche aus, die nach heutiger Auffassung als öffentlich-rechtlich anzusehen sind,[130]) da der Gesetzgeber den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ als gegeben vorausgesetzt hat, wollte er das, was zur Zeit des Erlasses des GVG. als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ galt und deshalb dem ordentlichen Rechtsweg unterstand, auch fernerhin als solche gelten lassen. Darüber, ob ein Verfahren als „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“ anzusehen ist, entscheiden nicht das

---

130) RGE. Band 92, S. 310.
v. Brauchitsch S. 369.

GVG., sondern die Reichsgesetze und, soweit diese keine Bestimmungen darüber enthalten, die Landesgesetze. —

Nachdem wir festgestellt haben, daß der Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit“ sich keineswegs mit der Rechtsstreitigkeit aus einem Privatverhältnis deckt, vielmehr auch manche Ansprüche umfaßt, die nach heutiger Auffassung auf öffentlichem Rechte beruhen, kommen wir zu dem Ergebnis, daß auch heute für diejenigen Rechtsstreitigkeiten der Rechtsweg offen ist, für die er nach der zur Zeit des Erlasses des GVG. bestehenden Rechtsauffassung gewesen ist.[131]) Aus diesem Grunde ist auch von den ordentlichen Gerichten stets über Streitigkeiten aus dem Patronatsverhältnis entschieden worden, obwohl das Patronatsrecht nach heutiger Auffassung kirchlich-öffentlich-rechtlicher Art ist. —

Daher hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung den Rechtsweg für alle Ansprüche auf vermögenswerte Leistungen zu kirchlichen Zwecken, auch wenn sie öffentlich-rechtlicher Natur sind, für zulässig erklärt, soweit nicht landesrechtliche Vorschriften entgegenstehen.[132])

Derartige, den Rechtsweg ausschließende Vorschriften bestehen nicht. Daher ist auch dieser Prozeß von dem ordentlichen Richter zu entscheiden.

---

[131]) RGE. Band 106, S. 179.

[132]) Vgl. RGE. Band 111, S. 213/214.
So sagt § 37, I der Anweisung v. 24. III. 1906 (MBl. f. i. V. 1906, S. 121), daß die Kirchengemeinde ihre Kirchensteuerforderung, die sie auf „ältere Ordnungen“ stützt, im ordentlichen Rechtsweg einklagen müsse. —

Lebenslauf.

Ich bin am 27. Juni 1907 zu Arnsberg i. W. als Sohn des Ersten Bergrats Adolf Goebel und seiner Ehefrau Marta, geb. Keseberg, geboren. Ich besuchte die Volksschule und das Gymnasium meiner Vaterstadt, das ich Ostern 1925 mit dem Reifezeugnis verließ.

Als Student der Rechtswissenschaften war ich auf den Universitäten Bonn, Gießen, München und Münster i. W. eingeschrieben. Am 26./28. Juni 1929 bestand ich am Oberlandesgericht in Hamm die juristische Referendarprüfung. Während meiner Ausbildung bei den hiesigen Gerichten war ich als Gasthörer zur Universität Marburg beurlaubt. Dort unterzog ich mich am 3. Juni 1930 der juristischen Doktorprüfung. Seitdem bin ich wieder bei dem hiesigen Landgericht beschäftigt

Ich bin wie meine Eltern Deutscher und evangelischen Glaubens. —

Herrn Justizrat Lübke-Arnsberg, der mir die Anregung und wertvolle Unterlagen zu dieser Arbeit gegeben hat, sowie den Herren Referenten, Professoren Geheimer Justizrat Dr. Manigk, Dr. Merk und Ministerialrat a. D. Dr. Genzmer, sämtlich zu Marburg, danke ich aufrichtig für ihre wohlwollende Unterstützung bei der Ausarbeitung der vorliegenden Doktorschrift.

Dank sage ich auch meinen Freunden, namentlich meinem lieben Kollegen, Referendar Dr. Hans Krönig-Münster i. W., für ihre mir oft bewiesene Hilfsbereitschaft bei der Fertigstellung meiner Arbeit.

Hans-Hilmar Goebel-Arnsberg.